

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO**

Julia Libório Barbosa

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO  
DE DIREITO FUNDAMENTAL**

São Paulo - SP

2024

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**JÚLIA LIBÓRIO BARBOSA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO  
DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Dissertação apresentada à Faculdade de  
Direito da Pontifícia Universidade Católica  
de São Paulo, como requisito parcial para  
obtenção do grau de MESTRE em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Celso Fernandes  
Campilongo.**

São Paulo- SP

2024

**JÚLIA LIBÓRIO BARBOSA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO  
DE DIREITO FUNDAMENTAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito (Núcleo de Direito Constitucional) da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pela comissão formada pelos professores e professoras:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Fernando Mussa Abujamra Aith  
Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo

\_\_\_\_\_  
Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marina Lacerda Faraco  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

São Paulo - SP

2024

## AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

*À minha família, em especial minha mãe,  
que encoraja todos os meus sonhos.*

*Não serei o poeta de um mundo caduco  
Também não cantarei o mundo futuro  
Estou preso à vida e olho meus companheiros  
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças  
Entre eles, considero a enorme realidade  
O presente é tão grande, não nos afastemos  
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas  
(DRUMMOND, 1940)*

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, como não poderia deixar de ser, agradeço à minha família, que nunca falha em me motivar, apoiar e acolher.

Agradeço também aos incríveis professores com quem tive a honra de aprender tanto e me proporcionaram aulas sempre instigantes com inigualável conhecimento.

Agradeço aos meus colegas de mestrado por todos os debates imensamente produtivos.

Por fim, agradeço à PUC, verdadeira personagem da minha história acadêmica e pessoal, palco de carinhosas memórias dos últimos oito anos da minha trajetória. Que voltemos a nos encontrar tantas e tantas vezes.

**BARBOSA, J. L. A judicialização da saúde como instrumento de efetivação de direito fundamental.** (Dissertação de Mestrado). Orientador Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo. Pós-Graduação em Direito (Núcleo de Direito Constitucional) - Faculdade de Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2023, 187 fl.

## **RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção expressa de direitos fundamentais sociais, incluindo o direito universal à saúde. Apesar disso, as desigualdades persistem, agravadas pela pandemia de Covid-19. A judicialização da saúde decorre da ineficiência e da má-gestão do Poder Público na implementação de políticas públicas de saúde, o que levanta questões acerca da efetivação desse direito e da função do Poder Judiciária em sua concretização. Essa dissertação visa discutir a judicialização da saúde como instrumento de efetivação desse direito fundamental e a necessidade de o Poder Judiciário garantir a concretude da Constituição Federal, apontando para o fato de que é crucial reorientar o debate sobre a excessiva judicialização da saúde para abordar a má-gestão administrativa como causa principal desse fenômeno, a fim de evitar discussões infrutíferas e proteger a vida, a saúde e a dignidade dos cidadãos.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Direitos sociais; Direitos Fundamentais; Políticas Públicas; Ponderação.

BARBOSA, J. L. **The judicialization of health as an instrument for implementing fundamental rights.** (Masters dissertation). Advisor Prof. Dr. Celso Fernandes Campilongo. Postgraduate in Law (Constitutional Law Center) - Faculty of Law - Pontifical Catholic University of São Paulo, 2023, 187 fl.

## ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 enshrined the explicit protection of social fundamental rights, including the universal right to health. Despite this, inequalities persist, exacerbated by the Covid-19 pandemic. The judicialization of health stems from the inefficiency and mismanagement of the Public Power in the implementation of public health policies, raising questions about the realization of this right and the role of the Judiciary in its achievement. This dissertation aims to discuss the judicialization of health as an instrument for the realization of this fundamental right and the need for the Judiciary to ensure the concreteness of the Federal Constitution, pointing out that it is crucial to reorient the debate on the excessive judicialization on health to address administrative mismanagement as the main cause of this phenomenon, in order to avoid fruitless discussions and protect the lives, health, and dignity of citizens.

**Keywords:** Right to health; Social rights; Fundamental rights; Public Policies; Proportionality.

## LISTA DE SIGLAS

<b>ADCT</b>	<b>Ato das Disposições Constitucionais Transitórias</b>
<b>ADI</b>	<b>Ação Direta de Inconstitucionalidade</b>
<b>AgR</b>	<b>Agravo Regimental</b>
<b>AMB</b>	<b>Associação Médica Brasileira</b>
<b>ANS</b>	<b>Agência Nacional de Saúde Suplementar</b>
<b>ANVISA</b>	<b>Agência Nacional de Vigilância Sanitária</b>
<b>ASPS</b>	<b>Ações e Serviços Públicos de Saúde</b>
<b>BverfGE</b>	<b>Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts</b>
<b>CEIS</b>	<b>Complexo Econômico-Industrial da Saúde</b>
<b>CGU</b>	<b>Controladoria Geral da União</b>
<b>CNJ</b>	<b>Conselho Nacional de Justiça</b>
<b>CRFB/88</b>	<b>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988</b>
<b>DF</b>	<b>Distrito Federal</b>
<b>DRSAI</b>	<b>Doenças Relacionadas ao Saneamento Ambiental Inadequado</b>
<b>EC</b>	<b>Emenda Constitucional</b>
<b>GEOP</b>	<b>Gerência de Órtese e Prótese</b>
<b>HC</b>	<b>Habeas Corpus</b>
<b>LC</b>	<b>Lei Complementar</b>
<b>MS</b>	<b>Ministério da Saúde</b>
<b>NAT-Jus</b>	<b>Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário</b>
<b>OPME</b>	<b>Órteses, Próteses e Materiais Especiais</b>
<b>PGR</b>	<b>Procuradoria-Geral da República</b>
<b>PIB</b>	<b>Produto Interno Bruto</b>
<b>PIRCs</b>	<b>Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato</b>
<b>RCL</b>	<b>Receita Corrente Líquida</b>
<b>RE</b>	<b>Recurso Extraordinário</b>

<b>REHUF</b>	<b>Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais</b>
<b>REsp</b>	<b>Recurso Especial</b>
<b>SES</b>	<b>Secretarias Estaduais de Saúde</b>
<b>STF</b>	<b>Supremo Tribunal Federal</b>
<b>STJ</b>	<b>Superior Tribunal de Justiça</b>
<b>SUS</b>	<b>Sistema Único de Saúde</b>
<b>TCU</b>	<b>Tribunal de Contas da União</b>
<b>TRF</b>	<b>Tribunal Regional Federal</b>
<b>TSE</b>	<b>Tribunal Superior Eleitoral</b>

## LISTA DE FIGURAS

<b>Gráfico 01</b> -	Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância) .....	78
<b>Gráfico 02</b> -	Evolução da Distribuição de Processos por Tipo 1ª Instância.....	79
<b>Gráfico 03</b> -	Distribuição dos acórdãos por assunto (Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5 .....	81
<b>Figura 01</b> -	Evolução da legislação referente ao financiamento do SUS de forma resumida .....	99
<b>Tabela 01</b> -	Conferência de Estoque – Farmácia Central .....	86
<b>Tabela 02</b> -	Conferência de transferências – Centro Cirúrgico do HRPa .....	88
<b>Tabela 03</b> -	Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por região (inclui apenas Tribunais de Justiça) .....	104
<b>Tabela 04</b> -	Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por tribunal.....	104

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>17</b>
2.1	A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO LIBERAL: O ARQUÉTIPO DO JUIZ BOCA DA LEI.....	17
2.2	DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	21
2.3	NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA ABORDAGEM DO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO.....	26
<b>2.3.1</b>	<b>Marco histórico: pós-guerra e redemocratização.....</b>	<b>27</b>
<b>2.3.2</b>	<b>Marco filosófico: o ideal pós-positivista.....</b>	<b>28</b>
<b>2.3.3</b>	<b>Marco teórico: três mudanças de paradigma.....</b>	<b>29</b>
2.3.3.1	<i>A força normativa da Constituição.....</i>	29
2.3.3.2	<i>A expansão da jurisdição constitucional.....</i>	30
2.3.3.3	<i>A nova interpretação doutrinária da Constituição.....</i>	31
<b>3</b>	<b>OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....</b>	<b>32</b>
3.1	<b>BREVES NOTAS SOBRE O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>32</b>
3.2	<b>OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>37</b>
<b>3.2.1</b>	<b>A eficácia dos direitos sociais.....</b>	<b>42</b>
<b>4</b>	<b>O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....</b>	<b>47</b>
4.1	O DISCURSO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	51
4.2	A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E DO SUS.....	57
<b>5</b>	<b>TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS.....</b>	<b>64</b>
5.1	ORIGEM DA TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES.....	64
5.2	A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE.....	68
5.3	A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.....	72
<b>6</b>	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....</b>	<b>74</b>

6.1	BREVE NOTA SOBRE O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	74
6.2	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.....	76
<b>6.2.1</b>	<b>Má-gestão administrativa como causa para o aumento da judicialização da saúde.....</b>	<b>80</b>
6.2.1.1	<i>A falácia do argumento de que a judicialização compromete a governabilidade das políticas públicas.....</i>	94
<b>6.2.2</b>	<b>O subfinanciamento do SUS como causa para o aumento da judicialização da saúde.....</b>	<b>96</b>
<b>6.2.3</b>	<b>O mito da tese da judicialização pelas elites.....</b>	<b>102</b>
<b>6.2.4</b>	<b>Tartarugas até o fim: críticas à reserva do possível como tese genérica contra a concretização de direitos sociais.....</b>	<b>108</b>
6.3	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID-19: CASOS EMBLEMÁTICOS E A IMPORTANTE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	130
6.4	HÁ ESPAÇO PARA SE FALAR EM ATIVISMO JUDICIAL?.....	136
<b>7</b>	<b>CONTROLE JURISDUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>144</b>
7.1	NATUREZA E JUSTICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	144
7.2	O ESFORÇO DE CONFERIR MAIOR RACIONALIDADE ÀS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSÁRIA REORIENTAÇÃO DO DEBATE.....	147
7.3	LEGITIMIDADE, PONDERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA: OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	159
<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>172</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>175</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil, buscando criar mecanismos capazes de realizar um ideal de sociedade plural, justa e igualitária.

Nesse sentido, o documento foi um marco na história constitucional brasileira, pois introduziu um extenso e abrangente rol de direitos fundamentais sociais, bem como elencou a dignidade humana, da qual o direito à saúde é corolário, como um dos fundamentos da República, de forma que o texto constitucional de 1988 apresenta um leque de preocupações bastante amplo no que tange aos direitos fundamentais.

Assim, o complexo contexto inaugurado pela Constituição democrática de 1988 impõe a busca pelo Poder Judiciário de soluções jurídicas que melhor concretizem, em termos de eficácia e efetividade, o conteúdo das normas constitucionais que garantem o direito à saúde, tendo por premissa a proteção do ser humano, individual e coletivamente considerado.

Porém, mesmo com a positivação de tais direitos fundamentais, passados 35 anos da promulgação da “Constituição Cidadã”, que instituiu novos arranjos político-institucionais, as desigualdades que assolam o país há décadas continuam cada vez mais acentuadas, de forma que, na sociedade brasileira, uma expressiva parcela da população não tem condições de arcar com os custos da compra de medicamentos e da realização de demais serviços assistenciais de saúde.

Cumprir destacar, ainda, que a crise sanitária, econômica e social advinda da pandemia de Covid-19 realça de maneira ainda mais profunda a dificuldade de grande parte da população em ter acesso a tratamentos de saúde que condicionem a uma vida com dignidade, trazendo à tona as disparidades na oferta e no acesso a serviços públicos e privados de saúde.

Dessa forma, a disponibilização de tratamentos terapêuticos de maneira contínua e em quantidade adequada às necessidades da população tornou-se um desafio ainda mais significativo e complexo a ser superado, especialmente pelo SUS, que, após anos de subfinanciamento, vê-se diante de um dos maiores desafios desde sua criação.

Nota-se, conseqüentemente, um constante e significativo fluxo de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário, a fim de se exigir da administração pública a prestação material de serviços de saúde ao jurisdicionado e, em um contexto de crise

da saúde pública, o fenômeno da judicialização da saúde ganha contornos ainda mais complexos.

O tema envolve desgastantes embates jurídicos, tendo em vista que os entes públicos tentam, na maioria das vezes, esquivar-se de suas responsabilidades, imputando um ao outro o dever que lhes é comum, ou resistindo à pretensão do titular de direito fundamental, sob o argumento de falta de orçamento público, que, como se demonstrará neste estudo, na maioria das vezes é artificial e decorre de escolhas alocativas da Administração Pública, e não da ausência real de dinheiro nos cofres públicos.

O direito à saúde, enquadrado nesse estudo como direito subjetivo público, conferindo a seu titular o poder de exigir prestações positivas do Estado visando sua concretização, exige prestações do Estado e impõe aos entes públicos a realização de políticas públicas de cujo cumprimento depende da realização do direito.

Lembra-se de que é dever do Estado concretizar políticas públicas saúde, nos termos dos arts. 196 e 23, inc. II da CRFB/88. Porém, os números demonstram a ineficiência do Estado, que é omissivo ou incapaz de realizar de forma satisfatória políticas públicas que façam com que todos, indistintamente, tenham acesso a um serviço de saúde que garanta a vida digna.

Será evidenciado que a Administração Pública não vem cumprindo com a responsabilidade de atuação positiva na busca da satisfação e efetivação do direito à saúde com vistas à garantia da dignidade humana e da igualdade material, o que faz com que seja crescente a quantidade de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário com o objetivo de se obter medicamentos, insumos e serviços de saúde essenciais à manutenção da vida e da dignidade.

Nessa perspectiva, cabem algumas indagações, que se tornam ainda mais contundentes em razão da crise instaurada pela pandemia de Covid-19: quais os meios possíveis para a efetivação do direito fundamental à saúde? A judicialização da saúde implica em ingerência indevida do judiciário na administração pública? É possível que a administração oponha a retórica da reserva do possível como obstáculo à concretização do direito à saúde? Qual o papel do Poder Judiciário, sob a ótica do neoconstitucionalismo, na garantia da concretude dos direitos fundamentais e dos objetivos traçados pela Constituição de 1988?

Para responder tais perguntas, exige-se o estudo da evolução da hermenêutica constitucional, essencialmente no que se refere à força normativa da constituição e

ao papel e amplitude de atuação do aplicador do direito no ordenamento constitucionalmente estabelecido.

Trata-se de uma análise necessária, porém complexa, uma vez que o Direito e a Saúde, áreas interligadas, estão em constante movimento em razão da dinâmica política e social. Além de buscar entender o papel e a importância dos direitos e princípios positivados na Constituição, deve ser estudada a efetivação destes, o papel do Estado para sua eficácia e, ainda, os parâmetros de atuação do Poder Judiciário na medida de conformar a atividade da administração pública quando esta se desvia, é omissa ou manifestamente ineficaz de concretizar o direito fundamental à saúde, perpetuando a exclusão e a opressão de milhares de indivíduos.

Nesse contexto, este trabalho visa discutir a judicialização da saúde como instrumento de efetivação de direitos fundamentais. Procurar-se-á, assim, demonstrar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em demandas cujo objeto é a concretização do direito fundamental à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal<sup>1</sup>, através do fornecimento pelo Poder Público de prestações materiais variadas ao jurisdicionado (medicamentos, insumos, exames, cirurgias, leitos hospitalares, tratamentos e demais assistências médicas e farmacêuticas).

Além da legitimidade da conformação de políticas públicas de saúde através da atuação do Poder Judiciário, este estudo buscará demonstrar a insuficiência da concepção iluminista do Judiciário como mero aplicador mecânico da letra da lei, com o que se pretende assegurar o pluralismo de centros de poder, de modo que uns sirvam de controle aos outros diante da multifuncionalidade do Estado contemporâneo, de forma que o Direito seja verdadeiro instrumento de concretização dos ditames constitucionais, visando à superação da profunda desigualdade social e do acentuado grau de exclusão de parcelas significativas da sociedade brasileira.

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 23 out. 2023. Art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

## 2 EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 2.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO ESTADO LIBERAL: O ARQUÉTIPO DO JUIZ BOCA DA LEI

A natureza e os limites da atividade jurisdicional são condicionados pela ideologia vigente em dado momento da história, de forma que, no Estado Liberal, os valores consagrados pela ética liberal-burguesa primavam pela proteção do indivíduo em face do poder autocrático que caracterizava o Estado absolutista, momento histórico imediatamente anterior ao surgimento dos ideais que permeiam o liberalismo<sup>2</sup>, essencialmente o ideal iluminista, que foi o principal substrato jurídico-filosófico catalisador da Revolução Francesa.

No contexto do Estado absoluto que antecedeu a Revolução Francesa, o centro do poder era a figura do monarca, e o Estado praticamente com ela se identificava.<sup>3</sup>

Com a Revolução Francesa, o centro de legitimação do poder transferiu-se do rei para a vontade popular.

Nesse contexto, o pressuposto teórico do ideal de soberania popular era a necessidade de submissão dos juízes à lei. Isso porque, no antigo regime, os juízes tinham sido alguns dos principais violadores dos direitos do homem.

A desconfiança em relação ao judiciário era enorme. A esse respeito, Teresa Arruda Alvim ensina:

Como se sabe, um dos principais objetivos da Revolução Francesa foi o de controlar a arbitrariedade dos poderosos, que era reforçada e

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Roberto Barroso, "*Iluminismo* designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de lhe garantir a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau" (BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 236 e 237).

<sup>3</sup> A frase atribuída ao Rei Luís XIV, também conhecido como Rei-Sol, "*O Estado sou eu*", traduz a lógica da centralização total do poder na figura do monarca que vigorava na França pré-revolucionária. A frase completa de Luís XIV teria sido "*Eu sou a Lei, eu sou o Estado; o Estado sou eu!*".

facilitada pelos juízes, à época subordinados ao Poder Executivo. O movimento de pensamento subjacente à Revolução Francesa influenciou toda a Europa Continental e o juiz passou a ser visto como alguém que “administrava” a justiça, e não como membro de um verdadeiro poder, equiparável ao Legislativo e ao Executivo. [...] Não foi pequena a desconfiança dos legisladores franceses em relação aos juízes. Em decorrência disso, acabou-se restringindo a atividade jurisdicional – especialmente no que diz respeito à interpretação – a um âmbito extremamente exíguo, pois o juiz era tido como um ser *inanimado* e não deveria ser nada além da *boca da lei*. A Corte de Cassação francesa nasceu como órgão *anexo* ou *auxiliar* do *Corps Legislatif*. (Alvin; Dantas, 2019, p. 30-31)

Assim, no Estado Liberal, cuja primazia era o respeito da liberdade individual, a atividade governamental não era regida por uma orientação finalística e não estava comprometida com a proteção de fins sociais. Do contrário, o estado mantinha uma atuação mínima, tendo em vista que a preocupação liberal-burguesa era demarcar os limites estreitos à intervenção do Estado, dimensionando-os no espectro mínimo, de modo a amparar a convivência social.

O legislador liberal-positivista ocupava-se em proteger, essencialmente, a liberdade individual e a propriedade, afastando-se quase que completamente da proteção de direitos sociais.

A atividade jurisdicional seguia esta mesma linha, de forma que o Estado Liberal se caracteriza, sobretudo, pela obediência ao princípio da legalidade estrita, isto é, a atividade jurisdicional pautava-se na submissão ao império da lei, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo.

Dentro desse contexto, o Legislativo era, obviamente, o poder com maior prestígio político, não havendo lugar para um Judiciário forte. Não é à toa que o Século XIX foi o século das Codificações. O famoso Código Civil de Napoleão, por exemplo, pretendia regulamentar todos os aspectos da vida social de modo taxativo. (Lima, 2005, p. 75)

Cultivou-se a ilusão de que a lei escrita nos códigos pudesse antever e abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo concreto.

A técnica da codificação estava vocacionada a identificar o direito com a lei escrita. Diante da doutrina liberal predominante até o século XIX, portanto, o Poder Judiciário mantinha-se refém das decisões proferidas pelo Poder Legislativo, concretizadas através da legislação formal.

No contexto histórico do Estado Liberal, em que floresciam ideais iluministas, o campo da hermenêutica era marcado pelo dogma do positivismo jurídico<sup>4</sup>, não havendo qualquer possibilidade de abertura à inserção de elementos valorativos na descoberta do conteúdo da norma jurídica. A finalidade, do contrário, era garantir a neutralidade técnica da lei, inviabilizando qualquer sobreposição entre o Direito e os reflexos sociais e políticos produzidos perante a sociedade.

“Em síntese, o positivismo torna a ciência jurídica uma ciência unidisciplinar, fechada em si mesma, admiradora exclusivamente de sua própria imagem” (André R. Tavares, 2008, p. 149). Nesse sentido, o positivismo equiparava o Direito à lei posta, afastando-o da filosofia e de conceitos como legitimidade e justiça social. Ao juiz cabia apenas declarar o direito posto, sendo-lhe vedada qualquer atividade interpretativa.

Na concepção positivista, direito é norma, ou seja, o direito coincide com o ato emanado do Estado de caráter imperativo e força coativa.

Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

- (i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;
- (ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é uma e emana do Estado;
- (iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema;
- (iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do formalismo alemão. (Tavares, 2008, p. 149)

Nessa conjuntura foi construído o arquétipo do juiz burocrata, mecânico, um simples funcionário público com a função de ser a *bouche de la loi*. De fato, somente um juiz repetidor de textos legais poderia conviver com uma racionalidade legalista norteada pelo impulso codificador oriundo da reforma napoleônica.

---

<sup>4</sup> “Em sentido amplo, o termo ‘positivismo’ designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu *Curso de filosofia positiva* (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada *lei dos três estados*, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico” (BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239). Sobre o tema, Norberto Bobbio acrescenta: “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade” (BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135).

No contexto liberal-positivista, a lei era tida como fundamento normativo de si própria, não demandando qualquer validade além de si própria, uma vez que o fundamento de validade da lei estava na racionalidade que lhe é inerente. Decerto, esta conclusão fazia-se necessária, pois, na concepção jurídico-filosófica que vigorava, o direito era criação da vontade do homem, era produto de sua própria deliberação, e essa vontade racional se expressava na lei.

A interpretação do texto legal, portanto, visava à aplicação de um método lógico-formal e mecânico pelo magistrado: o silogismo subsuntivo, segundo o qual o raciocínio do juiz deveria partir da premissa maior, ou seja, da regra do Direito com a aplicação mecânica da norma, a uma premissa menor, esta compreendida como a constatação do preenchimento das condições fáticas previstas na regra posta.

Portanto, não havia qualquer espaço para o exercício da atividade interpretativa na atividade jurisdicional.

## **2.2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

A partir do século XIX, diversos processos de transformações sociais, com destaque para a Revolução Industrial, resultaram em graves diferenças sociais, que, por sua vez, fomentaram a insatisfação das classes populares, de forma que o individualismo e o neutralismo do Estado liberal, diante das imensas injustiças sociais que provocaram, revelaram a insuficiência das liberdades burguesas e permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social.

Nesse contexto, a justiça social esperada pela nova classe de proletariados, que vivia na miséria, resultado da ausência da intervenção estatal na regulamentação sócio econômica, fez com que, no início do século XX, a ideia de Estado de Direito como mero Estado Legal, sem qualquer preocupação com os direitos e garantias mínimas dos indivíduos, começasse a perder força.

Assim, os direitos sociais ganharam destaque, dando o primeiro impulso no sentido de um Estado Social, que se caracteriza por uma postura ativa e interventiva do Estado na promoção dos fins sociais. Assim, no Estado Social, imputa-se ao Poder Público a responsabilidade de prover as condições materiais mínimas para uma existência digna, a exemplo do direito à saúde, à moradia, ao lazer, ao trabalho, entre outros. Logo, para além da igualdade em sentido formal do Estado Liberal, busca-se, no Estado Social, promover a igualdade material dos indivíduos.

A verdadeira decadência do positivismo e do Estado puramente legalista, contudo, deu-se apenas com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. E custou caro à humanidade.

O fetiche da lei e o legalismo acrítico inerentes ao ideal positivista acabaram tendo uma função política e ideológica<sup>5</sup> (Löwy, 1996, p. 40) de forma que os movimentos políticos e militares supracitados “ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei”.

O período pós Segunda Guerra Mundial foi o marco histórico para a concretização do Estado Democrático de Direito como resposta às atrocidades cometidas durante a guerra, amparadas pelo manto da legalidade.

Sobre o tema, a importante lição de José Afonso da Silva:

[...] se o Direito acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituído de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim (o que, no fundo, esconde uma ideologia reacionária), todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. (Silva, 1996, p. 40)

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota de governos autoritários e altamente militarizados, que propagaram o terror e a repressão em nível mundial, o ideal de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, mero reproduzidor da estrutura formal da lei, já não tinha aceitação no pensamento esclarecido, de forma que o direito passou a receber (e aceitar) o influxo de aspirações éticas, morais e valorativas difundidas na sociedade.

Tendo o constituinte optado pela proteção não só das liberdades civis, mas também dos direitos sociais, foi necessário permitir uma atuação diferenciada do juiz responsável pela concretização constitucional, habilitando-o a obrigar o poder político a agir ou a, ele mesmo, desenvolver, em caráter substitutivo e de alguma forma, as normas constitucionais.

O magistrado, nesse novo contexto, deixou de ser o **juiz-pacificador dos conflitos** para se transformar em **juiz-agente transformador** do Direito para a realização da justiça material concreta [...].

Ao adotar uma postura mais ativa, o Judiciário passou a atuar como um **catalisador** da vontade constitucional, antecipando-se muitas vezes ao legislador e ao administrador na busca da concretização máxima dos objetivos traçados da Constituição Federal. (Lima, 2005, p. 85)

---

<sup>5</sup> Michael Löwy aponta que “O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, [...] acaba tendo uma função política e ideológica” (LÖWY, Michael. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1996, p. 40).

Hodiernamente, a intervenção normativa encontra-se frequentemente atrasada em relação à evolução dos fatos que tem a disciplinar. Isso porque, ante o crescente número de problemas com que se defronta a sociedade contemporânea e, principalmente, ante a enorme complexidade destes problemas, somados ao acesso à justiça, que se tornou real, é impossível que se encontre no ordenamento jurídico soluções preestabelecidas para muitos dos problemas que se colocam diante do juiz<sup>6</sup>. (Barcelos, 2005, p. 7)

Em verdade, a derrota histórica do positivismo jurídico não surpreende, pois o ideal positivista de neutralidade é insuscetível de se realizar: a implicação criativa é inseparável da jurisdição.

O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem, nem pode ter, uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Não basta que a norma jurídica prescreva um *dever-ser* ou um programa a ser realizado: o conteúdo da norma deve-se fazer valer nas situações concretas, o que exige do magistrado, em maior ou menor grau, um papel criador.

O direito não é um fenômeno natural, mas sim um fenômeno *cultural*, uma criação humana, que influencia a vida social ao mesmo tempo em que é influenciado pela sociedade, em uma conformação e transformação recíprocas<sup>7</sup>.

A presença do elemento subjetivo, hoje não se pode mais negar, é inevitável ao ato jurisdicional. Há de se admitir que ninguém é neutro ao aplicar a norma constitucional. Isso porque *aplicar* é indissociável dos atos de *interpretar* e *criar*. “Juízes neutros somente são encontráveis nos cemitérios (não como visitantes...)” (Costa, 2008, p. 159).

Assim, o panorama político e social exigiu novos métodos de interpretação do ordenamento jurídico, aproximando o Direito de referenciais éticos e do compromisso

---

<sup>6</sup> Ana Paula de Barcelos ensina que “do ponto de vista sociológico, duas das características mais marcantes das sociedades contemporâneas nos últimos cinquenta anos são o aprofundamento da complexidade das relações humanas em seus vários níveis e, em certa medida como uma decorrência desse primeiro fato, a crescente pluralidade existente dentro das sociedades”. (BARCELLOS, A. P. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7).

<sup>7</sup> Em outras palavras, “o direito recebe o influxo de aspirações morais, éticas e valorativas difundidas na sociedade, e deve ter aptidão para refleti-las”. (ALVIM, D. P. A. A implicação criativa na jurisdição constitucional: realidade inconfessa à espera de um controle. *In*: ROCHA, L. R. L.; BARROSO, R.; PINTO, G. R. (Coords); CORREIA, D. B. R.; ROSSITER, M. F. C.; BASTOS, R. V. F. (Orgs) **Caderno de pós-graduação em direito: neoconstitucionalismo**. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2018, p. 10. Disponível em: [Judicializaçãõ\\_Ativismo\\_Ebook Neoconstitucionalismo.pdf](#). Acesso em: 01 abr. 2023.

com a proteção dos direitos inerentes à dignidade humana. O Estado Democrático de Direito inicia sua trajetória.

Como elucida Joaquim Falcão:

Na democracia, dificilmente os juízes podem, como ocorreu no autoritarismo, lavar as mãos nas neutras águas de um formalismo legal imaginário. Sobretudo quando as sentenças tomam posições diante da discricionariedade político-administrativa do Executivo. A interpretação judicial, pretenda-se ou não, há que ser um ato politicamente responsável. Sem o que, aliás, inexistente Poder Judiciário. Existe só 'judiciário' (Falcão, 2001).

A alteração do paradigma hermenêutico se deu com as Constituições modernas do pós-Segunda Guerra Mundial<sup>8</sup>, que trouxeram em seus corpos jurídicos valores indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais e à democracia, bem como direitos relativos à solidariedade e à comunidade.

As normas constitucionais originadas deste novo modelo de Estado agregam finalidades sociais às ações do Estado, vinculando o Poder Público a ações efetivas para se atingir as finalidades das regras e princípios insculpidos na Constituição.

No Brasil, o Estado Democrático de Direito foi institucionalizado pela Constituição Federal de 1988, marcada pela participação popular nas deliberações de interesse social e resguardando os direitos e garantias fundamentais, que possuem "status" de cláusulas pétreas, nos termos do artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal (Brasil, 1988), não podendo tais direitos, portanto, serem abolidos ou restringidos no ordenamento jurídico vigente.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, de forma que "*democrático*" qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) sobre os elementos do Estado e sobre a ordem jurídica (Brasil, 1998).

Assim, a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza deve ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/88)<sup>9</sup>, bem como, nas palavras de José Afonso da Silva:

---

<sup>8</sup> Com destaque para a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar (Alemanha), de 1919.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 11 mai. 2020.

[...] há de ser um processo de libertação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (Silva, 2005, p. 119)

É importante esclarecer, todavia, que o marco filosófico do novo direito constitucional, isto é, o pós-positivismo, que busca ir além da legalidade estrita, não despreza o direito posto. Assim, a Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 37, “caput”, que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade, de forma que a compreensão deste princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito.

Sobre o tema, assim leciona José Afonso da Silva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. [...]  
Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. (Silva, 2005, p. 121)

Assim, a nova hermenêutica, por meio de um modelo retórico-argumentativo, parte da premissa de que o Direito lida com a verdade construída por intermédio do diálogo, não sendo pautada na dimensão meramente gramatical do texto da lei. Logo, por este novo paradigma, não basta apenas a observância pela Administração Pública da lei em sentido formal, mas sim, do respeito aos preceitos que abarcam toda a sistemática valorativa das normas insculpidas na Constituição Federal.

Ademais, uma das facetas da interpretação constitucional envolve o controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos e, com ela, a discussão acerca dos limites da atuação legítima de cada poder. Ao Poder Judiciário foi conferido constitucionalmente o exercício deste controle, sendo-lhe outorgada a prerrogativa de

---

Art. 3º. “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]*”

realizar a interpretação de preceitos fundamentais para tanto, de forma que atuação jurisdicional passa a ter uma dimensão criativa e interpretativa<sup>10</sup>.

Ainda, o Poder Judiciário mostra-se uma das mais importantes vias para a realização da defesa dos preceitos insculpidos na Constituição, tendo em vista que o acesso à justiça, inserto no rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, recebeu uma função essencial no Estado Democrático, pois trata-se de canal direto a serviço da sociedade para a promoção dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 alargou a importância da função jurisdicional, na medida em que os direitos fundamentais conquistados podem ser exigidos perante o Poder Judiciário, caso não sejam satisfeitos voluntariamente ou violados pelos demais Poderes.

Neste diapasão, o Poder Judiciário transcende o modelo de justiça retributiva, adentrando a esfera da justiça distributiva, em que se busca a efetivação de uma política pública, tendo como função, portanto, a justa distribuição dos recursos comuns.

O Poder Judiciário, assim, afasta-se da justiça estática proposta pelo dogmatismo legalista e aproxima-se da justiça dinâmica, caracterizada pela discussão da constitucionalidade das leis, atos e programas e com a criação de novas regras, a partir do modelo constitucional, conferindo potencial transformador à esfera jurisdicional.

Logo, a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social pretendida pela Constituição Federal.

Neste ponto, é importante deixar claro que a Constituição não é neutra, tampouco imparcial ou desinteressada, no que diz respeito aos interesses e valores que prevê. Isto porque a Constituição é um ato de decisão, e nenhum ato de decisão é desinteressado ou neutro, pois intenta uma determinada consequência, de forma que o Estado como um todo, submetido aos ditames constitucionais, deve sempre buscar a concretização dos mandamentos e vontades constitucionais.

---

<sup>10</sup> Esse tema será abordado com maior profundidade mais adiante.

É dizer: o Estado Democrático de Direito exige uma postura mais ativa não apenas do Poder Judiciário, mas de todos os Poderes estatais, com vistas à realização dos direitos fundamentais e dos objetivos traçados na Constituição.

### **2.3 NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA NOVA ABORDAGEM DO PAPEL DA CONSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO**

O Estado constitucional de direito desenvolve-se após o fim da Segunda Guerra Mundial e tem como principal característica a existência de uma constituição rígida, à qual se subordina a legalidade.

Nesse sentido, a validade das leis depende da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, que passam a ter a imperatividade própria do Direito. Ou seja, a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, de maneira que a legalidade formal é afastada do âmago do ordenamento jurídico.

Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação (Barroso, 2010, p. 244-245). Nesse ambiente é que florescem múltiplas e profundas mudanças de paradigma na hermenêutica constitucional, “criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, especialmente nos países que seguem a tradição romano-germânica” (Ibdem, p. 245).

Essas transformações deram origem a um novo direito constitucional, que já não se assenta no método subsuntivo de aplicação das leis e não oculta o papel criativo de juízes e tribunais. A doutrina costuma denominar o fruto dessa profunda transformação de neoconstitucionalismo, fenômeno que trouxe uma nova interpretação normativa à Constituição, cuja mudança se dá, sobretudo, na atribuição de uma carga valorativa na dinâmica interpretativa da Constituição, frente às normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo consubstancia-se no caráter interpretativo axiológico da constituição, de forma que a hierarquia constitucional passa a ser não somente em grau, mas também em valor.

Segundo leciona Luís Roberto Barroso, na nova abordagem do papel da constituição no ordenamento, sob a ótica do neoconstitucionalismo, “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –

mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”, de forma que todo o ordenamento jurídico passa a ser lido e apreendido sob a ótica da Constituição, de forma a realizar os valores nela consagrados (Revista de Direito Administrativo, 2005, p. 27).

Em outras palavras, sob o prisma do neoconstitucionalismo, tanto as leis quanto os poderes políticos devem estar em consonância com a Constituição, sobretudo em seu aspecto axiológico, valorativo. É dizer: toda a interpretação do ordenamento jurídico deve tomar por base a Constituição, sobretudo no que concerne à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais por ela esculpidos.

Importante mencionar a lição de Walber de Moura Agra:

O neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos político-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular. O texto constitucional ganha força normativa e transforma-se em mandamento vinculante para o legislador ordinário, já que caracteriza a vontade do *we the people*. (Agra, 2018, p. 82)

Os três tópicos que seguem, bem longe de pretender esgotar o tema, se destinam a demonstrar, sucinta e objetivamente, para fins de organização do pensamento, a trajetória percorrida pelo direito constitucional que culminou no que hoje se denomina neoconstitucionalismo, à luz do que nos ensina Luís Roberto Barroso, que identificou marcos comuns na difusa ideologia neoconstitucionalista, de forma que a doutrina do autor é aqui adotada para fins didáticos.

### **2.3.1 Marco histórico: pós-guerra e redemocratização**

A reconstitucionalização da Europa, no período pós Segunda Guerra Mundial, aproximou as ideias de constitucionalismo e de democracia, produzindo uma nova forma de organização política: o Estado democrático de direito, ou o Estado constitucional de direito.

Esse novo constitucionalismo, que teve como principal referência na Europa a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, caracterizou-se pela atribuição de força normativa à Constituição, “rompendo com a tradição de se tomar

a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração” (Barroso, 2010, p. 246).

No Brasil, o processo de redemocratização deu origem ao renascimento do direito constitucional, que se consolidou com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como constituição cidadã, em razão dos diversos direitos fundamentais e sociais que foram nela positivados.

### **2.3.2 Marco filosófico: o ideal pós-positivista**

O direito constitucional contemporâneo tem como marco filosófico o pós-positivismo. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (Ibdem, p. 247)

Importa destacar que o pós-positivismo não surge com o ânimo de desconstruir, mas sim de superar o conhecimento convencional que lhe antecede. O ideal pós-positivista não afasta o ordenamento positivo, mas reintroduz nele ideias de justiça e de legitimidade.

O impulso para o desenvolvimento desse novo paradigma foi a percepção, ao fim da segunda grande guerra, de que o formalismo positivista não era suficiente para a construção de um ordenamento jurídico aceitável, uma vez que o ideal positivista prestou-se ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros. Nesse contexto, o pós-positivismo prosperou ao promover a revalorização da razão prática e a inserção de princípios ligados ao ideal de justiça no interior da ordem jurídica<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Trata-se da chamada virada kantiana. O termo “razão prática” ficou indissociavelmente ligado às obras de Kant. Na lição de Luís Roberto Barroso: “De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional – mas não matemática – de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica: trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão caracteriza-se pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do Direito entendiam ser papel da ciência do Direito apenas descrever o Direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do Direito dizer qual a

O conjunto de ideias que encontram abrigo no pós-positivismo são assim sumariadas por Cláudio Pereira de Souza Neto:

[...] o paradigma pós-positivista, 1) no campo da teoria da norma constitucional, enfatiza, de forma mais ou menos homogênea, a) a presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só das regras jurídicas, b) a estrutura aberta e fragmentada da constituição; 2) no campo da teoria da decisão, investe na a) reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação pode ser racional, b) propõe uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que c) vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público. (Souza Neto, 2002, p. 14)

Nesse sentido, o pós-positivismo contesta o dogma positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar cada um desses domínios como ramos específicos, mas para reconhecer que se trata de espaços que se influenciam mutuamente, abrindo caminho a um conjunto de ideias que marcaram o chamado “retorno aos valores”.

### **2.3.3 Marco teórico: três mudanças de paradigma**

No plano teórico, o pós-positivismo é evidenciado por três grandes transformações relativas à aplicação do direito constitucional, que serão sintetizadas a seguir.

#### **2.3.1.1 A forma normativa da Constituição**

O debate acerca da força normativa da Constituição chegou ao Brasil ao longo da década de 80. A referida teoria atribuiu à norma constitucional o “*status*” de norma jurídica, superando a concepção que vigorava até então de que a constituição caracterizava-se apenas como documentos essencialmente políticos, e que a concretização de suas propostas ficava condicionada à liberdade de conformação do

---

melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos”. (BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 249, grifo nosso).

legislador ou à discricionariedade do administrador, enquanto o judiciário não possuía papel relevante na realização do conteúdo dos comandos constitucionais.

Ao atribuir-se força normativa à Constituição, atribui-se caráter vinculativo e obrigatório às suas disposições, de forma que os comandos constitucionais passam a ser de cumprimento obrigatório, e não meras promessas vagas.

Nesse sentido, as normas constitucionais contêm comandos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral, de forma que sua inobservância pode (em verdade, deve) deflagrar um mecanismo de coação, isto é, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, atributo essencial da norma jurídica.

Luís Roberto Barroso ensina:

As normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua observância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. (Barroso, 2010, p. 268)

Assim, o reconhecimento da força normativa da Constituição irradia os comandos, valores e princípios insertos na Carta Magna a todo o ordenamento jurídico, de forma que as disposições constitucionais possuem caráter de supremacia e conferem validade a toda a legislação infraconstitucional.

Finalmente, tendo em vista o caráter vinculativo da Constituição no Brasil, faz-se importante frisar a lição de Flávia Piovesan:

A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo. (Piovezan, *apud* Canotilho; Correia, 2010, p. 56)

Coube à Constituição de 1988 o rompimento com a posição mais retrógrada em âmbito nacional.

### 2.3.1.2 *A expansão da jurisdição constitucional*

A onda constitucional deflagrada a partir do fim da década de 40, com a derrota do nazismo e do fascismo na Europa, foi responsável não apenas pela promulgação

de novas constituições que inseriram valores em seus corpos jurídicos, mas também por um novo modelo de jurisdição constitucional, inspirado na experiência norte-americana: o da supremacia da Constituição.

A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário (Op. cit, p. 263).

Nesse contexto, diversos países europeus passaram a adotar modelos próprios de controle de constitucionalidade e, concomitantemente, passaram a estruturar tribunais constitucionais, que seriam os responsáveis pelo *judicial review*. Mas esse assunto será abordado com maior profundidade mais adiante (v. capítulo 4).

### 2.3.1.3 *A nova interpretação doutrinária da Constituição*

O ideal pós-positivista teve influência determinante sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral, sobretudo sobre a hermenêutica constitucional.

Além disso, o pluralismo e a complexidade que caracterizam a sociedade atual, bem como as novas demandas por justiça e concretização de direitos fundamentais, entre outros valores e interesses, afetaram sobremaneira as premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional da Constituição.

Assim, foram descobertas e desenvolvidas novas teorias e novas perspectivas sobre a interpretação constitucional:

[...] como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e reabilitação da razão prática, como fundamento de legitimação das decisões judiciais. (Ibdem, p. 266)

Não se pode deixar de assentar, neste ponto, que a produção de novas teorias jurídicas é uma aprendizagem contínua e cíclica, que reflete o momento e o contexto histórico em que é desenvolvida, organizando o discurso jurídico em determinado tempo e espaço.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

#### 3.1 BREVES NOTAS SOBRE O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O triunfo pós-positivista marcou a reaproximação entre o Direito e a moral, de forma que os princípios jurídicos insertos (explícita ou implicitamente) nas constituições modernas permitiram a entrada dos valores para dentro do universo jurídico.

A vasta doutrina acerca da natureza, da classificação e da aplicabilidade dos princípios está longe de ser uníssona. Por impróprios aos fins aqui perseguidos, não nos importa entrar a fundo nas diversas elocubrações doutrinárias sobre o tema<sup>12</sup>.

Nos concentraremos na teoria desenvolvida por Robert Alexy (2007) e Ronald Dworkin (2010), disseminadas no âmbito nacional principalmente através dos estudos de José Joaquim Gomes Canotilho (2003), por entender que estes autores elucidam de forma didática que tanto princípios quanto regras são espécies do gênero norma de direito<sup>13</sup>, posição que adotaremos aqui.<sup>14</sup>

Na clássica doutrina de Alexy, princípios são "mandados de otimização", ou seja, normas que determinam que o direito em questão deva ser aplicado na maior medida possível, tendo em vista sempre o contexto jurídico-social que o envolve (Alexy, 2007, p. 495).

---

<sup>12</sup> Para aprofundamento no tema, sobretudo no que tange às posições divergentes ou complementares às aqui expostas, remete-se o leitor a: Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, 1996; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)*, 2003.

<sup>13</sup> A título de nota, frise-se que a *norma* não se confunde com o *texto normativo*; o *texto normativo* é qualquer parte de um texto ainda a interpretar, é o objeto da interpretação, o 'sinal linguístico', enquanto a *norma* é o produto da interpretação do texto, ou seja, o texto interpretado, é aquilo que se 'revela' da interpretação.

<sup>14</sup> Humberto Ávila, ao elaborar a sua teoria dos princípios, em crítica à posição que estamos adotando, aduz que não é possível formular uma distinção entre princípios e regras como sendo duas espécies de normas, pois o que há são normas em sentido amplo, e a distinção que pode ser formulada apenas se baseia no fato de que essas normas em sentido amplo podem ser usadas de diferentes maneiras no momento da aplicação (ÁVILA, H. B. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40-64). Não se pode deixar de destacar, também, a importante lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: "Princípio 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 [...]" (MELLO, C. A. B. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1986, p. 230).

Canotilho define princípios e regras da seguinte forma:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fáctica ou jurídica. (Canotilho, 1992, p. 545)

[...] *Regras* – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (*direito definitivo*). (Ibidem, p. 544)

Disso decorre que as regras e os princípios (ambas espécies do género norma jurídica) têm formas de aplicação diversas: as regras aplicam-se mediante *subsunção*, isto é, mediante o enquadramento do fato à norma, o que conduz ao que Dworkin chamou de regra do “tudo ou nada”, uma vez que a regra é ou aplicava em sua inteireza, desencadeando todas suas consequências jurídicas, ou ela deve ser não aplicada por completo, em absoluto, não desencadeando nenhuma consequência jurídica nela prevista. Já os princípios são aplicados mediante *ponderação*, vez que pode colidir com outros princípios ou encontrar resistência na realidade fáctica, o que não significa que o princípio não deverá ser aplicado em absoluto, uma vez que os princípios são mandamentos de otimização, isto é, devem ser aplicados na maior intensidade possível, levando em conta os elementos fácticos e jurídicos do caso concreto.

Segundo a noção de que a Constituição é um sistema aberto que se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios<sup>15</sup>, Ana Paula de Barcelos elucida que as regras desempenham papel fundamental no âmbito da

---

<sup>15</sup> Vale citar a importante lição de Canotilho: “Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional [...]. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.” (CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 174/176. *In*: ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 186).

segurança jurídica (previsibilidade e objetividade das condutas), enquanto os princípios, por serem normas flexíveis, permitem a realização da justiça do caso concreto:

É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a *justiça* possa ser alcançada. (Barcellos, 2010, p. 317-318)

Nesse sentido, é preciso elucidar que, tendo em vista sua dimensão dialógica, traduzida na capacidade de captarem e se adaptarem às mudanças da realidade social, os princípios devem ter estrutura aberta, o que não significa, de forma alguma, que os princípios tenham densidade normativa menor que as regras, ou que seu grau de aplicabilidade seja menor.<sup>16</sup>

É claro que, por conterem maior grau de subjetivismo e abstração, o método de aplicação dos princípios assume uma importância mais proeminente.

Assim, deve servir-se o intérprete de uma metodologia constitucionalmente adequada para extrair os princípios da ordem constitucional positiva. Isto é, o princípio deve ser descoberto no texto constitucional, não podendo o intérprete, valendo-se de subjetividade interpretativa absoluta e movido por paixões pessoais, “encontrar” princípios ou valores que não podem ser extraídos *do* texto constitucional, sob pena gravíssima de frustrar a máxima objetividade possível da atividade interpretativa e desviar-se dos valores efetivamente insculpidos na constituição. Os princípios são *descobertos*, e não *inventados*, pelo intérprete<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Aliás, não há hierarquia entre normas e princípios, o que decorre da unidade da Constituição.

<sup>17</sup> “[...] o processo de concretização constitucional assenta, em larga medida, nas densificações dos princípios e regras constitucionais feitas pelo legislador (concretização legislativa) e pelos órgãos de aplicação do direito, designadamente os tribunais (concretização judicial), a problemas concretos. Qualquer que seja a indeterminabilidade dos princípios jurídicos, isso não significa que eles sejam imprevisíveis. Os princípios não permitem opções livres aos órgãos ou agentes concretizadores da constituição (imprevisibilidade dos princípios); permitem, sim, projecções ou irradiações normativas

No que tange à orientação da atividade interpretativa e decisória do juiz em relação aos princípios constitucionais, Juan Monroy Gálvez oferece uma visão que nos parece adequada, no sentido de que os princípios (se interpretados com método adequado), podem, a contrassenso do que pode parecer inicialmente, *evitar* a arbitrariedade das decisões judiciais:

Os princípios realizam um extraordinário trabalho de cobertura das situações-limite, para as quais o direito, surpreendido pela realidade, não apresenta uma solução coerente. E as cláusulas gerais, na medida em que incorporam princípios, desempenham o mesmo papel. Assim, têm função de importância transcendental para o juiz, que aplica criativamente as categorias jurídicas, promovendo a vigência do sistema jurídico. O juiz precisa ter ferramentas jurídicas para julgar, já que não pode deixar de decidir. Os princípios, nesse contexto, funcionam como 'organismo respiratório do sistema'. Sua função integradora e enriquecedora do sistema jurídico ficaria debilitada se se exigisse que, para serem reconhecidos, fossem os princípios formalizados ou positivados, de modo expreso. Podem ser *extralegais*, mas não são, por isso, *extrajurídicos*. Desempenham papel de imensa relevância, pois representam boa parte da *pauta objetiva* que orienta o juiz na função de interpretar as normas, integrar o sistema e 'criar' o direito. (Galvez, 1996, *apud* Alvim; Dantas. 2019, p. 157)

Entender os princípios como norma jurídica implica que os princípios, e não apenas as regras, são dotados de imperatividade e eficácia jurídica, isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar ou aconselhar (Barroso, 2010, p. 317-318).

Esta constatação não é nada trivial, pois reflete diretamente na forma como os princípios constitucionais são levados à efetividade prática. Modernamente, a hermenêutica constitucional concebe o direito constitucional à luz do *princípio da dignidade humana*, valor supremo que irradia seus efeitos sobre todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

O valor da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional<sup>18</sup>. Além disso, o

---

com um certo grau de discricionariedade (indeterminabilidade), mas sempre limitadas pela juridicidade objectiva dos princípios. Como diz Dworkin, o - direito - e, desde logo, o direito constitucional - descobre-se, mas não se inventa." (CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1182/1183).

princípio da dignidade humana tem força normativa, isto é, a dignidade humana *deve* ser realizada. Não se trata de uma sugestão, mas de um mandamento constitucional.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso elucida:

A dignidade humana é um valor fundamental. Valores, sejam políticos ou morais, ingressam no mundo do Direito, assumindo, usualmente, a forma de princípios. A dignidade, portanto, é um princípio jurídico de status constitucional. Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Na verdade, ela constitui parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres; e b) o interpretativo. Os princípios operam como fonte direta de direitos e deveres quando do seu núcleo essencial de sentido se extraem regras que incidirão sobre situações concretas. Por exemplo: o conteúdo essencial da dignidade humana implica a proibição da tortura, mesmo em um ordenamento jurídico no qual não exista regra expressa impedindo tal conduta. Já no seu papel interpretativo, o princípio da dignidade humana vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula.<sup>19</sup>(Barroso, 2018, p.152)

Nesse contexto, alicerçando o princípio da dignidade humana, a Constituição Federal elencou diversos direitos fundamentais (dentre os quais encontra-se o direito à saúde, previsto do Capítulo II da Constituição Federal, que o Constituinte Originário destinou aos “*Direitos e Garantias Fundamentais*”).

É lícito dizer, pois, que os direitos fundamentais são uma externalização – mais que isso, uma decorrência lógica – do princípio da dignidade humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, está na origem dos direitos materialmente fundamentais.

---

<sup>19</sup> BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018, p. 152. No mesmo sentido, Daniel Sarmento leciona: “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado” (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59/60).

### 3.2 OS DIREITOS SOCIAIS SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais<sup>20</sup>, como visto, são normas jurídicas que positivam valores atrelados à ideia de dignidade da pessoa humana e, assim, densificam e complementam o referido princípio, razão pela qual estão no ápice da escala axiológica e jurídica do ordenamento e merecem especial proteção.

A noção de direitos fundamentais como normas efetivamente jurídicas – e, portanto, exigíveis do Estado e passíveis de sanção caso não sejam observadas – surge com o Estado Liberal em razão da necessidade de proteção dos direitos de liberdade e legalidade.

Nesse sentido, por muito tempo foram considerados fundamentais apenas os direitos chamados *negativos*, isto é, aqueles que exigiam uma *abstenção* do Estado, identificados como os direitos clássicos de liberdade e os direitos políticos, característicos do pensamento liberal-burguês.

Superado o paradigma do Estado Liberal, agregaram-se às Constituições direitos fundamentais de caráter social, essenciais para a garantia de uma vida digna.

Nesse contexto, múltiplas foram as teorias que surgiram para tratar da classificação (ou não) dos direitos sociais como direitos fundamentais, detentores das mesmas circunstâncias especiais e reforçadas de proteção e do mesmo grau de exigibilidade.

Carl Schmitt, por exemplo, foi um dos teóricos a negar aos direitos sociais a qualidade de direitos fundamentais, pois os direitos sociais, em sua visão, não poderiam ser considerados “esferas de liberdade”. Para o autor alemão, “Direitos fundamentais em sentido próprio são tão somente os direitos liberais da pessoa

---

<sup>20</sup> Sempre houve, na história da humanidade, uma consciência acerca de valores ligados à dignidade humana. Tais valores, todavia, não eram positivados por ordenamentos jurídicos, é dizer, não havia um reconhecimento formal de que tais valores representavam verdadeiros direitos da pessoa humana, oponíveis a terceiros e passíveis de serem tutelados por um órgão imparcial e independente. Todavia, o fato de que não havia o reconhecimento formal da existência de valores ligados à dignidade humana não significa dizer que não existiam documentos, até mesmo oficiais, que consagravam diversos desses valores. Tome-se como exemplo o Código de Hammurabi que, por volta do ano 1.800 a.C., já dispunha que seu objetivo era evitar a opressão dos fracos e propiciar o bem-estar do povo. Podem-se citar, também, as Leis das XII Tábuas e o Código de Sólon, que provocaram uma verdadeira luta por direitos sociais em Roma, especialmente no que tange à distribuição de terras. Outro bom exemplo a ser citado é a Magna Carta de João Sem-Terra, que dispôs sobre as liberdades clássicas já conhecidas e consagrou algumas garantias sociais, como a proteção dos vassallos contra penas que lhes privassem dos meios de subsistência. (essa nota foi inspirada por LIMA, G. M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**, 2005).

humana individual. Direitos individuais em sentido próprio são, pois, só os direitos de liberdade individual, mas não as exigências sociais”<sup>21</sup>.

No entender do referido autor, os direitos de coalizão ou de greve, por exemplo, não podem ser considerados direitos fundamentais, mas apenas o livre aproveitamento da força social mediante organizações sociais.

Na mesma linha de pensamento, Ricardo Lobo Torres também nega a qualidade de fundamentais aos direitos sociais. O autor entende que “[...] a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade e deu novo colorido à temática da justiça social, nem por isso, transferiu a lógica e as garantias dos direitos da liberdade para os sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais” (Torres, 1989, p. 34).

Há, ainda, aqueles que induzem à ideia de que os direitos de liberdade e os direitos políticos (ou seja, os direitos de liberdade clássicos que surgem com o Estado Liberal burguês) seriam sempre direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos sociais (que surgem posteriormente, com o advento do Estado Social) seriam, em todos os casos, direitos a prestações, onerosos.

Essa compreensão de que os direitos de liberdade e os direitos políticos geram exclusivamente obrigações negativas, isto é, de abstenção do Estado, enquanto os direitos sociais importam sempre em obrigações positivas ou de prestação do Estado e, portanto, comprometedoras do erário, é equivocada e deve ser combatida com veemência.

Isto porque essa tese falaciosa enfraquece sobremaneira a defesa da normatividade dos direitos sociais, dificultando sua concretização por intermédio do Poder Judiciário. “Alega-se que, por serem direitos a prestações, os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser implementados pelo Judiciário, já que a eleição de prioridades orçamentárias é atividade discricionária e exclusiva do Legislativo e do Executivo”. (Lima, 2005, p. 61)

O controle de atividades dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário é assunto para depois. O que nos importa, neste momento, é desconstituir a ideia de que só os direitos sociais importam em custos públicos.

---

<sup>21</sup> Tradução livre de SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. 2ª reimp. Madri: Alianza, 1996, p. 170. Na obra consultada: “Derechos fundamentales en sentido propio son tal sólo los derechos liberales de la persona humana individual. [...] Derechos individuales en sentido propio son pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales”.

Não há nenhuma dúvida de que os direitos políticos e de liberdade clássicos importam em custos – por vezes bastante elevados – ao Estado, uma vez que, ao contrário do que se poderia pensar, tais direitos não se efetivam sem a atuação direta do Estado dirigida à promoção dos referidos direitos. É o caso, por exemplo, do direito à inviolabilidade do domicílio (considerado um direito de liberdade negativa clássico), que pressupõe a existência de uma moradia, ou da liberdade de locomoção nos grandes centros urbanos, que pressupõe a existência de uma rede de transporte coletivo com acesso democratizado (Revista dos Tribunais OnLine, 2004, p. 4).

Até mesmo os direitos políticos, como o direito ao sufrágio universal, exigem uma ação onerosa do Estado com, 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 eleitorais, a criação e manutenção de alguma forma de financiamento partidário, dentre tantas outras. (Virgílio, 2014, p. 233)

Direitos fundamentais indubitavelmente “clássicos” como o direito à vida, à liberdade de locomoção e à proteção da propriedade privada dependem de um altíssimo custo estatal com aparato policial.

De outro turno, os direitos sociais também possuem uma faceta negativa. O direito à saúde, por exemplo, em sua faceta negativa, impede que o Estado edite normas que prejudiquem a saúde pública ou mesmo que violem diretamente a integridade física de um cidadão, com, por exemplo, uma abordagem policial violenta. É dizer: o Estado *não pode* agir contra o direito à saúde.

Em todos os exemplos citados, é inegável que a mera abstenção do Estado não é capaz de garantir os ditos “direitos negativos clássicos”. O que se está a demonstrar é que não existem direitos exclusivamente negativos; todos os direitos importam em custos ao Estado. Portanto, só podemos concluir que os direitos fundamentais, como um todo, constituem complexos de obrigações positivas e negativas.

To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights or new rights (...) Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health

care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public Treasury. (Holmes, 1999, p. 15)

A mais moderna dogmática, por sua vez, versa no sentido de que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais e desfrutam da mesma proteção que os direitos de liberdade clássicos. Isso porque “todos os direitos fundamentais são interdependentes e complementares, não havendo razão para sustentar a primazia de um pretense tipo de direitos fundamentais em relação a outro” (Pisarello, 2007, *apud* Rothemburg, 2021, p. 212). É o que alude a teoria da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Assim, apesar de muitas vezes traduzirem direitos distintos, os direitos fundamentais são inseparáveis, devendo ser analisados como um todo. Entender os direitos fundamentais em sua multifuncionalidade significa entender que cada direito fundamental é um “feixe de posições jurídicas jusfundamentais” (Alexy, 2007, p. 214) que garantem a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Perez Luño doutrina:

Aludir a una unidad de sentido de los derechos fundamentales constitucionales sugere, de inmediato, la cuestión de la interdependencia o mutua implicación existente entre tales derechos; ya que la unidad de sentido no aparece como una cualidad de las singulares formulaciones normativas de cada uno de los derechos fundamentales, sino como una característica de todos ellos en cuanto conjunto. (Luño, 2007, p. 137)

Portanto, não há qualquer sentido em dividir os direitos fundamentais em categorias distintas (direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais) e sustentar que as categorias de direitos fundamentais teriam regimes de proteção e aplicação diversos.

No contexto brasileiro, o constituinte originário de 1988 preocupou-se em alocar os direitos sociais como capítulo específico (Capítulo II) do título destinado aos direitos e garantias fundamentais (Título II), o que evidencia a opção constitucional por tratar tanto os direitos de liberdade e os direitos políticos (direitos clássicos ou de defesa) quanto os direitos sociais (direitos prestacionais) como direitos fundamentais.

Flávia Piovesan enfatiza que:

[...] a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas

Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. Observe-se que, no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata. (Piovezan, 2010, p. 54)

George Lima aponta, de forma objetiva e que nos parece irrefutável, quatro argumentos que levam à conclusão de que a Constituição Federal de 1988 trata dos direitos sociais como sendo verdadeiros direitos fundamentais:

- (a) primeiro, um argumento formal: os direitos sociais estão topograficamente localizados no Título II da Constituição, que trata precisamente “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”;
- (b) segundo, um argumento finalístico: os direitos sociais são inegavelmente instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana;
- (c) terceiro, outro argumento formal: os direitos sociais, além de estarem expressos ao longo do texto constitucional, também estão previstos em inúmeros tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a proteger<sup>22</sup>, de modo que, mesmo que não estivessem expressos no texto constitucional, seriam direitos fundamentais por força do art. 5º, §2º, da CF/88, que estabelece que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Brasil;
- (d) quarto, um argumento material: por fim, os direitos sociais são uma materialização dos direitos de igualdade e de solidariedade que, por sua vez, são indiscutivelmente direitos fundamentais. (Lima, 2005, p. 232)

A classificação dos direitos sociais como direitos fundamentais tem relevante importância prática. Isso porque os direitos fundamentais comportam duas funções ou dimensões: uma dimensão subjetiva e outra objetiva.

A dimensão subjetiva do direito fundamental investe o titular “no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma constitucional – prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos bens e interesses jurídicos nela consagrados” (Barroso, 2009, p. 51). É dizer: o titular do direito subjetivo está autorizado a reclamar em juízo determinada ação (comissiva ou omissiva).

Importa salientar as principais características dos direitos subjetivos:

---

<sup>22</sup> Ressalto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992 e o Protocolo à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996.

a) ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial. (*Ibidem*, p. 222/223)

A dimensão objetiva do direito fundamental, por sua vez, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação), incumbindo ao poder público o dever de agir sempre de modo a conferir a máxima eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais) (Revista dos Tribunais Online, 2011, p. 4).

Para os fins aqui pretendidos, importa-nos analisar mais a fundo a dimensão subjetiva dos direitos sociais, que se entende pelo poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse<sup>23</sup>. Por tratar-se de verdadeiro direito de ação, cresce em importância o princípio fundamental do acesso à justiça (também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição), previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, que assim dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Nas hipóteses em que uma norma constitucional tenha criado um direito subjetivo, portanto, ela é, via de regra, direta e imediatamente exigível, “do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição”<sup>24</sup>.

### 3.2.1 A eficácia dos direitos sociais

O grau de exigibilidade das normas que consagram direitos fundamentais também é um assunto que comporta as mais diversas teorias na doutrina constitucional.

---

<sup>23</sup> BARROSO, L. R. *Op. cit.*, p. 222.

<sup>24</sup> BARROSO, L. R. *Op. cit.*, p. 223.

A exigibilidade da norma tem estreita relação com a sua efetividade, isto é, com o fato de ela ser efetivamente aplicada e observada no mundo dos fatos.<sup>25</sup>

Para fins metodológicos, analisaremos aqui a clássica teoria tríplice sobre a eficácia das normas constitucionais desenvolvida pelo professor José Afonso da Silva.

Partindo do pressuposto de que nenhuma norma constitucional é despida de eficácia (isto é, da capacidade potencial de uma norma constitucional produzir efeitos jurídicos) José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, em três categorias: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que possuem aplicabilidade imediata desde a entrada em vigor da Constituição, vez que independem de legislação infraconstitucional para sua plena execução.

As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas podem ser objeto de restrição pelo legislador infraconstitucional. Assim, a referência a lei posterior nos dispositivos constitucionais que veiculam normas de eficácia contida não significa que sua eficácia dependa da atividade do legislador. A eficácia é plena desde a promulgação da constituição, podendo o legislador apenas restringir essa eficácia em alguns casos, de forma que, enquanto não advir norma infraconstitucional restritiva, a norma constitucional terá eficácia plena, isto é, será imediatamente aplicável.<sup>26</sup>

Por fim, as normas de eficácia limitada, também chamadas de normas programáticas, são aquelas cuja produção plena de efeitos depende de lei para regulamentá-las. Essas normas, nas palavras de José Afonso da Silva, “regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais),

---

<sup>25</sup> Barroso leciona que “A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 221).

<sup>26</sup> “Um exemplo utilizado por José Afonso da Silva é o da norma que garante a liberdade profissional, nos seguintes termos: ‘é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer’ (CF, art. 5, XIII). A liberdade de profissão seria, portanto, plena, mas restringível pela lei infraconstitucional, que poderá exigir algumas qualificações para o exercício de algumas profissões.” (SILVA, V. A. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 214.

situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo”.<sup>27</sup>

A teoria tríplice de José Afonso da Silva é criticada por parte da doutrina, que entende que os direitos sociais, na teoria ora analisada, ficam relegados ao âmbito das normas programáticas, o que acaba por inibir sua efetividade, vez que a concretização de tais direitos, sob esta perspectiva, não poderia ser imediatamente exigida judicialmente, de forma que sua aplicação ficaria à mercê da boa vontade do legislador e do administrador público.<sup>28</sup>

Virgílio Afonso da Silva é um dos críticos da teoria tríplice acerca da efetividade das normas constitucionais. Para o autor, essa teoria origina uma equivocada contraposição entre as normas que consagram liberdades públicas e direitos políticos, como normas de eficácia plena, e aquelas que consagram direitos sociais, como normas de eficácia limitada.

O que se pretende demonstrar com essa contraposição é que as normas de eficácia plena (liberdades clássicas e direitos políticos) não dependeriam de regulamentação e intervenção estatal para se concretizarem, uma vez que teriam “real efetividade”, obtida apenas pela abstenção do Estado e do legislador ordinário. Já no caso das normas de eficácia limitada, o cenário seria bem diferente, o que seria comprovado a partir da experiência dos direitos sociais, cuja realização dependeria de uma ação estatal, sem a qual a eficácia da norma não se produz por completo. Segundo o autor, “a limitação dessa eficácia ficaria ainda mais clara em face dos custos que esses direitos implicam para o Estado, que, por isso, não tem condições de agir da forma esperada. A baixa efetividade desses direitos seria uma

---

<sup>27</sup> SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 164

<sup>28</sup> Desde já, cabe a honrosa ressalva de que a teoria de José Afonso da Silva pertence ao seu tempo, e foi desenvolvida durante o período de ditadura militar, isto é, em um momento histórico de descrença na força normativa da Constituição. “Ela não foi escrita com base na Constituição de 1988, que trouxe novos ares à doutrina constitucional. Portanto, não se pode querer imobilizar no tempo uma doutrina que foi escrita em um momento completamente diferente do que se vive hoje. A teoria teve seus méritos – e por isso deve ser aplaudida. Mas não pode ser sacralizada; afinal, aprisionar o pensamento é ir em sentido contrário à natureza humana, que tem na mutabilidade cultural uma de suas notas essenciais” (LIMA, G. M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. 2005. 232 f.: Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2005, p. 103. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/12453>. Acesso em: 28 abr. 2023).

demonstração do caráter limitado das normas que os garantem” (SILVA, 2014, p. 231-232).

Ocorre que, conforme já elucidado, qualquer direito implica custos ao Estado, não apenas os de caráter social. Isso porque, como visto no item anterior, as normas garantidoras de liberdades clássicas e direitos políticos, assim como as normas garantidoras de direitos sociais, não são bastantes em si mesmas: todas elas dependem da ação estatal para produzir efeitos (Silva, 2014, p. 235).

Ou seja, em menor ou maior grau, qualquer direito fundamental reclama alguma espécie de regulamentação legislativa infraconstitucional para sua efetivação.

Aceitar a tese de que os direitos sociais só poderiam ser reclamados em juízo após regulamentação do direito pelo legislativo seria o mesmo que dizer que é o Poder Legislativo, e não o constituinte originário, quem cria direitos fundamentais. Ou seja, o legislador infraconstitucional teria mais poder que o próprio constituinte originário, tendo em vista que a efetividade dos direitos fundamentais sociais estaria refém da vontade do Congresso Nacional. Tal entendimento, todavia, jamais encontraria guarida na sistemática constitucional inaugurada em 1988.

José Afonso da Silva apresenta uma importante conclusão sobre a eficácia das normas de direitos fundamentais: “se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada perde seu sentido” (Silva, 2014, p. 238).

Tendo em mente a observação de Locke: se entenderem a questão, fico indiferente ao nome (Locke, 2003, p. 107).

Evidentemente, se não for possível pleitear a realização de um direito fundamental imediatamente ao Estado-Juiz, não há sentido em se falar em direito fundamental com reforçada proteção e especial grau de aplicabilidade.

As pretensões de limitação da concretização dos direitos sociais partem muito mais de posições ideológicas do que de fundamentos jurídicos, a bem da verdade.

Carlos Miguel Herrera logo se apercebeu que:

[...] si se encuentran enunciados normativos sobre los “derechos sociales” en la mayor parte de las constituciones occidentales redactadas en los últimos treinta años, la doctrina dominante en la mayoría de los países europeos se muestra siempre dispuesta a sostener que ellos no serían auténticos derechos, exigibles en el sentido técnico-jurídico del término, sino más bien “objetivos”, “fins”,

“principios”, no justiciables ante (y por) los tribunales. (Herrera, 2003, p. 75)

No Brasil, a aplicabilidade imediata dos direitos sociais é ainda mais patente, tendo em vista que a própria Constituição Federal determina expressamente, em seu artigo 5º, §1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, 1988).

Para que não reste dúvida, Clèmerson Merlin Clève assenta:

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 ao tratar dos direitos fundamentais não prevê, expressamente, em nenhum momento, uma dualidade de regimes. Em tese, no direito constitucional brasileiro, o regime dos direitos fundamentais clássicos é o mesmo dos direitos fundamentais exigentes de uma atuação positiva do poder público. Por isso, o disposto no art. 5.º, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3) incide sobre ambos os territórios (direitos de defesa e direitos sociais prestacionais). (Revista dos Tribunais Online, 2011, p. 4)

Assim, o direito à saúde, por exemplo, ainda que não estivesse regulamentado por normas infraconstitucionais, pode ser reclamado imediatamente do Poder Judiciário, de forma que, mesmo sem previsão do legislador infraconstitucional, os cidadãos poderiam reivindicar, por exemplo, o fornecimento de medicamentos ou o acesso a determinado tratamento.

Além disso, é de rigor salientar que, de forma inédita no constitucionalismo brasileiro, a Constituição Federal de 1988 elevou os direitos e garantias fundamentais (tanto os de liberdade e políticos quanto os sociais, tendo em vista a indivisibilidade dos direitos fundamentais) a cláusulas pétreas, e passaram a compor o núcleo material intangível da Constituição, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF/88.

Frise-se, portanto, que os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática emancipatória, com a plena efetividade de seus comandos. “Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloquente significação” (Revista dos Tribunais Online, 2011, p. 2)

#### 4 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito social fundamental à saúde é corolário da dignidade da pessoa humana. Isto porque o Estado deve dispor de meios que garantam uma existência digna ao indivíduo, e assim o é o direito à saúde: em outras palavras, qualidade de vida.

A Constituição de 1988, de forma inédita, estabelece em seu artigo 6º que o direito à saúde é um direito social e, portanto, fundamental.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Brasil, 1988)

Mais adiante, Constituição cidadã de 1988 declara, em seu artigo 196, que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1988)

Por mais tautológico que possa parecer, é necessário frisar que a Constituição de 1988 *impõe* ao Estado o dever de implementar políticas públicas adequadas à garantia da saúde.

Segundo lecionam os ilustres professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

Depois das regras constantes das disposições gerais, o constituinte tratou da saúde. Determinou, pelo art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado. A atuação deve ocorrer por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os serviços públicos e as ações relativas à saúde são expressamente considerados como de relevância. Devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único. As regras vêm anunciadas nos incisos do art. 198 da Constituição. (Revista Direitos Fundamentais e Democracia, 2013)

É de rigor pontuar que o direito à saúde, como direito social, é alcançado pelo regime do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, a ele deverá ser

outorgada a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que deve ser levada em conta a necessária otimização do conjunto de princípios e direitos fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto.

O artigo 197 da Carta Magna, ainda, estabelece que os serviços e ações de saúde são de relevância pública.

Nesse ponto, cabe esclarecer que os direitos sociais consagrados no art. 6º da CF/88 são, em última análise, de titularidade individual, imediatamente exigíveis por seu titular ao Estado-juiz, mesmo que sua expressão tome proporções coletivas.

O direito à saúde, portanto, possui uma dupla titularidade: uma individual e uma transindividual, que convivem simultaneamente, tendo em vista que determinadas pretensões decorrentes do direito à saúde são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual.

Nesse sentido, Daniel Hachem sustenta que:

(i) em razão do duplo caráter dos direitos fundamentais (subjetivo e objetivo), bem como de sua multifuncionalidade, cada norma de direito fundamental dirige ao Estado uma plêiade de deveres jurídicos distintos, gerando, em contrapartida, uma variedade de pretensões jurídicas jusfundamentais; (ii) algumas dessas pretensões, ligadas a um único direito fundamental, são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual (relacionada a um grupo determinado ou a uma coletividade indeterminável). Em outras palavras: se considerado o direito fundamental como um todo (sentido amplo), é possível afirmar que todos eles, independentemente do rótulo ou classificação que se lhes dê (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc.), exibem simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda. (Hachem, 2013, p. 647)

Imagine, por exemplo, que um indivíduo necessita de determinado medicamento, prescrito por seu médico, para curar determinada moléstia que o acomete, mas não tem condições financeiras de arcar com os custos do medicamento. Nesse contexto, ao pleitear o fornecimento do medicamento ao Estado-juiz para a manutenção de sua saúde, estará o titular do direito à saúde exercendo seu direito em caráter individual.

Imagine, por outro lado, que um desastre ambiental afetou a saúde de toda a comunidade de uma pequena cidade, e o único hospital público lá existente está em condições degradantes, não havendo leitos e materiais suficientes para atender a

comunidade. Nesse contexto, por exemplo, poderá um ente coletivo legitimado propor uma ação civil pública para pleitear todas as condutas necessárias para assegurar a vida, a saúde e a dignidade dos indivíduos da comunidade, exercendo, desta forma, o direito à saúde em caráter transindividual.

O direito à saúde, portanto, disciplina situações subjetivas pessoais ou coletivas de caráter concreto. Assim, o direito à saúde tem um acentuado caráter positivo, isto é, exige prestações do Estado e impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas de cujo cumprimento depende a realização do direito. Em suma, a efetivação do direito à saúde depende, na maioria das vezes, do implemento de políticas públicas para sua realização.

Nesse sentido, quando a Constituição Federal estabelece que a saúde é direito de todos e logo em seguida indica mecanismos e políticas que visam à satisfação desse direito, está preordenando situações jurídicas objetivas para a aplicação do direito à saúde.

Em sua vertente prestacional, o direito à saúde implica na intervenção do Estado no mundo concreto, com o intuito de prestar a todos os cidadãos condições reais de acesso à saúde, através de políticas públicas voltadas, por exemplo, à construção e à manutenção de hospitais, à implantação de um sistema eficiente de saneamento básico, à distribuição de medicamentos e à oferta de tratamentos de forma adequada, dentre outras inúmeras medidas que se exigem do poder público.

Depreende-se, portanto, que o fornecimento adequado de tratamento à saúde é serviço público essencial, devendo compreender todos os meios materiais possíveis e adequados à busca da concretização do direito à saúde.

Dessa forma, à Administração Pública não é dado o poder discricionário de concretizar ou não políticas públicas direcionadas à saúde, tendo em vista que a Constituição Federal atribuiu ao Poder Público o dever de promover o direito fundamental à saúde.

Ademais, enquanto direito fundamental social, o direito à saúde é direito subjetivo, isto é, investe seu titular em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis. Nesse sentido, leciona Luís Roberto Barroso:

[...] as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o

dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. (Barroso, 2009, p. 223)

Na mesma linha da doutrina constitucional mais moderna, a jurisprudência pátria tem se sedimentado no sentido de reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo público. Merece destaque, nesse sentido, a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal no RE 271.286 AgR/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discutia a obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos para paciente portador de AIDS/HIV<sup>29</sup> pelo Estado.

Na referida decisão, o STF afirmou que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível”<sup>30</sup>, cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem garantir a todos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar.

Acrescentou, ainda, que:

o sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva, que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> O movimento de defesa dos direitos das pessoas portadoras do vírus HIV adotou, como estratégia de litigância, a opção pela propositura de demandas individuais, sustentando a autoaplicabilidade dos dispositivos constitucionais, em detrimento das coletivas, sob o risco de as últimas serem afastadas pelo Poder Judiciário, pouco familiarizado com o tema. A estratégia se mostrou bastante adequada, uma vez que, devido à larga jurisprudência que condenava o Poder Público a oferecer medicamentos a portadores de HIV em ações individuais, o Poder Legislativo aprovou a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas portadoras do vírus HIV/AIDS, de forma que o SUS passou a fornecer a medicação necessária. O Brasil teve grande protagonismo internacional no tratamento da AIDS, com destaque à iniciativa do governo brasileiro no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU de propor uma resolução, ao final aprovada, “considerando o acesso a medicamentos para os portadores de AIDS, malária e tuberculose como um direito humano fundamental, o que acabou por contribuir para o pleito da quebra de patentes da produção de medicamentos para a AIDS, no âmbito da Organização Mundial do Comércio” (PIOVESAN, F. **Direitos fundamentais sociais**. Coordenadores J. J. Gomes Canotilho, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66).

<sup>30</sup> STF. **AGRG. no Recurso Extraordinário nº 271.286-8 – Rio Grande do Sul**. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12/09/2000. DJ. 24/11/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 27 abr. 2023.

<sup>31</sup> *Ibidem*. Nesse mesmo sentido, ver: **RE 232.335/RS**. Relator Min. Celso de Mello; **RE 273.042/RS**. Relator Min. Marco Aurélio; e, **RE 255.627/RS**. Relator Min. Nelson Jobim.

José Joaquim Gomes Canotilho ressalta, ainda, que:

[...] a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que forem necessárias para a efetivação desses direitos [...]. (Canotilho, 2003, p. 477)

Do exposto, depreende-se que a saúde depende de prestações materiais administrativas e de adequado suporte legislativo para sua concretização. Há, todavia, uma dificuldade em saber qual seria o exato conteúdo prestacional do direito à saúde, para que se possa verificar sua efetiva satisfação.

Nesse sentido, foi se desenvolvendo na doutrina e tem sido acolhido, na jurisprudência dos tribunais, o argumento do “mínimo existencial”, comumente identificado como o conjunto de circunstâncias básicas para que as pessoas possam viver dignamente. Para saber qual o “mínimo existencial” garantido por um direito fundamental, portanto, deve-se saber qual é o “núcleo essencial” desse direito e, em última instância, da própria dignidade humana.

Por ser amplamente utilizado, muitas vezes de forma acrítica, a retórica do mínimo existencial merece especial atenção.

#### 4.1 O DISCURSO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Antes de tudo, é necessário fazer uma breve introdução histórica da origem do “mínimo existencial”, para que possamos refletir sobre sua adaptabilidade ao direito brasileiro.

O referido instituto tem origem no constitucionalismo alemão, onde não há, diferentemente do Brasil, um rol expresso de direitos sociais. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência alemãs se desenvolveram no sentido de cancelar que uma parcela de direitos derivados do princípio da dignidade da pessoa humana devesse vincular o Estado visando a garantia de um “mínimo social” a todos os cidadãos.

Assim, o Tribunal Constitucional do país decidiu, em 1975, que o Estado deveria proteger o indivíduo em suas necessidades materiais, outorgando-lhe o direito fundamental a uma assistência por meio do Estado, que precisa garantir, no mínimo,

condições básicas para uma existência humana digna. Essa decisão foi chancelada em sua essência em outros acórdãos da Corte alemã, resultando no reconhecimento definitivo do *status* constitucional da garantia estatal do mínimo existencial (Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2016, p. 11).

Assim, baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, nos Cortes Constitucionais de todo o mundo (inclusive do Brasil) passaram a acatar o argumento do “mínimo existencial” para fundamentar suas decisões, seja no sentido de garantir o direito fundamental pleiteado, seja no sentido de afastar a pretensão sob o fundamento de que ela extrapolaria o mínimo a ser garantido pelo Estado.

Na doutrina brasileira, o elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore (Barroso, 2010, p. 253).

Alguns autores buscam uma definição *a priori*, pré-definida, do que seria o conteúdo mínimo de um direito fundamental, que corresponderia ao núcleo duro ou material do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ana Paula de Barcellos busca determinar o “núcleo material do princípio da dignidade humana” em quatro elementos: (i) educação fundamental; (ii) saúde básica; (iii) assistência aos desamparados e (iv) acesso à justiça (Barcellos, 2011, p. 300-303).

Parece haver consenso na doutrina de que tais condições materiais não podem deixar de compor o mínimo existencial, de forma que, aquém dessas condições materiais básicas, haveria uma agressão intolerável à dignidade da pessoa humana.

Todavia, a mera indicação de “saúde básica” colocada na teoria acima ainda é bastante ampla, o que não supre o problema de se encontrar o conteúdo prestacional do direito à saúde. Ana Paula de Barcellos traz outra definição do que seria então o mínimo existencial em matéria de saúde.

Para a autora, “o mínimo existencial em matéria de saúde deve incluir prioritariamente as prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, tais como o atendimento no parto e da criança no pós-natal, saneamento básico e atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiologia e ginecologia, e o acompanhamento e controle de doenças típicas, como hipertensão e diabetes. A lógica desse critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do

princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigí-lo caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público”<sup>32</sup>.

Também procurando uma definição material *a priori* do conteúdo do mínimo existencial em matéria de saúde, Daniel Wunder Hachem assenta que a saúde básica compreende: (i) acesso indiscriminado (principalmente aos mais carentes) a bens, centros e serviços de saúde; (ii) alcance a uma alimentação nutritiva e de qualidade, que não acarrete em problemas de saúde; (iii) acesso a um lar com condições sanitárias básicas e fornecimento de água potável; (iv) obtenção de medicamentos essenciais, conforme determinam os protocolos do SUS e as portarias do Ministério da Saúde; entre outros<sup>33</sup>.

Em que pesem as prestações materiais mencionadas pelos dois autores supra referidos serem inegavelmente essenciais, ambos incorrem no perigo enorme de pretender fixar um rol taxativo do que seria o núcleo essencial do direito à saúde, legitimando que o Estado atue para garantir apenas um “piso mínimo” de prestações. Certamente, “a aplicação do mínimo existencial entendido como um pacote básico de ações e serviços, limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis de atenção” (Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2023, p. 22).

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, por outro lado, destacam que não há como estabelecer, de modo taxativo, um rol de elementos nucleares do mínimo existencial, nem mesmo o legislador poderá fixar valores ou padronizar as prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial.

Isso porque o conteúdo do mínimo existencial não pode ser definido *a priori*, do contrário, deverá ser extraído de cada caso concreto a partir da técnica da

---

<sup>32</sup> BARCELLOS, A. P. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO D. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008:803-826. In: CARDOSO, I. L.; CUNHA, J. R. A. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016 out./dez, 5(4):9-26, p. 13. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250>. Acesso em: 28 abr. 2023.

<sup>33</sup> HACHEM, D. W. A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial. Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Crítica do Direito Constitucional Moderno", ministrada pelo Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève no 2º semestre de 2011, no Curso de Doutorado do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. In: FARIA, L. **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico Constitucional e Exigibilidade Judicial**. **Revista Thesis Juris** (2014), 3(2), 307-337. doi: <https://doi.org/10.5585/rtj.v3i2.126>, p. 323.

ponderação<sup>34</sup>. É dizer: as condições básicas para assegurar a dignidade da pessoa humana são adstritas ao caso concreto e só podem ser definidas caso a caso.

Nesse sentido, entende-se que o mínimo existencial se forma a partir do emprego da *ponderação* ao caso concreto, tendo em vista as peculiaridades de cada caso. De outra forma, estar-se-ia impondo um mínimo existencial muitas vezes divergente ou insuficiente para o caso que se coloca diante do Estado-Juiz, o que configuraria verdadeira limitação *a priori* da concretização do referido direito.

Assim, a extração do mínimo existencial de um direito fundamental depende da situação concreta, sendo sempre preciso realizar uma interpretação concretizadora dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva emancipatória.

Frise-se que o mínimo existencial deve ser entendido como o piso, não o teto da garantia de direitos, que deve ser sempre progressiva.<sup>35</sup>

Todavia, isso não quer dizer que se deva dar tudo a todos indiscriminadamente. Do contrário, o que se está a sustentar é que seja feita uma análise da real necessidade do caso através do emprego da ponderação. Assim, “uma vez constatada a real necessidade de um procedimento para que seja dado ao paciente o atendimento integral, significa que este procedimento compõe o mínimo existencial do direito à saúde no caso em questão” (Cardoso, 2016, p. 20).

Existe outro perigo, ainda mais contundente, para o qual devemos nos atentar, acerca da retórica do mínimo existencial: o reconhecimento “relativo” ou “parcial” da eficácia dos direitos fundamentais, segundo o qual o mínimo existencial de um direito social seria imediatamente exigível e, portanto, considerado um autêntico direito subjetivo, enquanto as demais “parcelas” do direito fundamental dependeriam, necessariamente, de intervenção do executivo ou do legislativo para se tornarem exigíveis do Estado-juiz.

Estaríamos, pragmaticamente, de volta ao problema das “normas programáticas” que já nos ocupamos de afastar.

---

<sup>34</sup> Por ora, a técnica da ponderação é apenas referida, sem a preocupação de maior desenvolvimento do tema, que será feito oportunamente.

<sup>35</sup> “Os direitos sociais não têm a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta, a Constituição Federal de 1988, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível” (CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 3, p. 239, Ago/2011. **Revista dos Tribunais Online**, p. 7).

Veja, por exemplo, o conceito de mínimo existencial formulado por Clèmerson Merlin Clève:

[...] o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. [...] *para a observância deste mínimo* (que haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual), *pode o cidadão recorrer, desde logo, ao Poder Judiciário*, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito. [...] O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, *desde logo sindicável*, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino. (Revista dos Tribunais Online, 2011, p. 7, destaques nossos)

O conceito acima destacado pode nos levar a crer, equivocadamente, que somente a parcela do direito social que corresponde ao seu “núcleo essencial” seria “desde logo sindicável”. É dizer: apenas a parcela correspondente ao núcleo essencial do direito social constituiria direito subjetivo oponível ao Estado.

Rothenburg, desde logo, apercebeu-se de que “falar em conteúdo mínimo implica admitir outros conteúdos dos direitos fundamentais que não seriam essenciais, vale dizer, conteúdos não fundamentais... dos direitos fundamentais!” (Rothenburg, 2001, p. 228).

É essencial esclarecer que o direito fundamental social – no caso o direito à saúde – é integral e imediatamente sindicável, em todo o seu conteúdo. Não se pode confundir “mínimo existencial” com “teto prestacional”, como fazem alguns juristas.

É dizer: não é apenas o mínimo existencial extraído de um direito fundamental que constitui direito subjetivo oponível ao Estado. Será oponível ao Estado a concretização plena do direito. O mínimo existencial pode ser utilizado apenas como um parâmetro, abaixo do qual o indivíduo se encontra em situação alarmante contra sua dignidade.

Rememore-se que o direito à saúde, em sua totalidade, é alcançado pela aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Além disso, no que tange ao direito à saúde, a Lei nº 8.080/90, que dispõe, dentre outros, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, prevê

expressamente que as ações do SUS garantirão assistência terapêutica *integral* ao cidadão (art. 6º, I, “d”, da Lei nº 8.080/90).

Rothenburg, de forma absolutamente pertinente, adverte que:

[...] reduzir os direitos sociais ao mínimo vital pode representar uma tentativa de desprezá-los, ao subordiná-los à lógica dos direitos de defesa (liberais) e, por consequência, restringir suas possibilidades de aplicação à dimensão individual e a uma garantia judicial muito limitada, que proporciona a ilusão de que o direito foi satisfeito e esgotado. Conforme Fernando Atria, essa perspectiva “contratualista” (individualista) pretende substituir a ideia de igualdade, que deveria informar os direitos sociais, pela ideia de pobreza, de modo que os direitos sociais fiquem reduzidos às expectativas mais básicas das pessoas despossuídas.<sup>36</sup>

Outro perigo em se confundir os direitos sociais com o mínimo existencial, continua o autor, reside em:

[...] nivelá-los por baixo, segundo uma concepção minimalista que considera satisfeitas as reivindicações relacionadas aos direitos sociais apenas com o atendimento daquele mínimo. Em sentido oposto, a interpretação que deve prevalecer aqui é expansiva, orientada sempre para a maximização dos direitos fundamentais. Direitos sociais – como os direitos fundamentais em geral – devem ser assegurados sempre na melhor medida possível, integrem ou não o mínimo existencial. Essa é uma categoria que deve servir para fortalecê-los. A máxima realização dos direitos sociais constitui-se em objetivo do Estado social: “tanta justiça social como seja possível” (BENDA)<sup>37</sup>. (destaques do autor)

Feitos esses alertas, advogamos que a retórica do mínimo existencial deve ser sempre entendida como uma “estratégia de proteção dos direitos fundamentais, voltada a seu reforço, nunca a sua redução”<sup>38</sup>.

Assim, o mínimo existencial é um poderoso argumento sempre que se estiver diante da tentativa de redução ou limitação de um direito fundamental – o que, infelizmente, ainda é bastante comum na nossa realidade, em que as instituições estatais parecem conceber os direitos fundamentais como verdadeiros inimigos ou, ao menos, obstáculos indesejáveis ao interesses do Estado (para não dizer aos interesses dos indivíduos que representam os interesses estatais periodicamente) –

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 233/234.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 234.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 229.

pois servirá para robustecer o argumento de que, ao menos em alguma medida, o direito fundamental deve ser garantido.

Além disso, é necessário reconhecer que, se bem empregada, a retórica do mínimo existencial pode servir como um bom parâmetro para orientar os gastos públicos, estabelecendo alvos prioritários dos gastos com políticas públicas.

## 4.2 A EVOLUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E DO SUS

Nas décadas de 1970 e 1980, a abordagem da saúde<sup>39</sup> passou a ser amplamente debatida em âmbito mundial.

O marco inicial da moderna concepção de promoção da saúde deu-se com o Relatório Lalonde, realizado no Canadá, em 1974. Considerada a primeira declaração teórica e abrangente no ramo da Saúde Pública, o documento afirma que a saúde não é determinada apenas pela qualidade da atenção médica, mas sim por um conjunto de quatro fatores: biologia humana, meio ambiente, estilos de vida e organização da atenção à saúde. (Lalonde, 1974)

Em 1978, em Alma-Ata, na República do Cazaquistão, foi realizada a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sintetizada pela Declaração de Alma-Ata.

A Conferência de Alma-Ata tinha como objetivo pensar estratégias de promoção da saúde em nível mundial. Considerada um marco na transformação e na forma de pensar a saúde no mundo, a Declaração de Alma-Ata estabeleceu, principalmente:

- I. A conquista do mais alto grau de saúde exige a intervenção de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde [...]
- III. A promoção e proteção da saúde da população é indispensável para o desenvolvimento econômico e social sustentado e contribui para melhorar a qualidade de vida e alcançar a paz mundial [...]
- IV. A população tem o direito e o dever de participar individual e coletivamente na planificação e na aplicação das ações de saúde [...]
- VII-1. A atenção primária da saúde é, ao mesmo tempo, um reflexo e uma consequência das condições econômicas e das características socioculturais e políticas do país e de suas comunidades [...]
- VII-3.

---

<sup>39</sup> Apenas a título histórico, interessa comentar que no período iluminista, marcado pela ascensão da ciência moderna, os conhecimentos na área de saúde tiveram enormes avanços. A concepção iluminista de que o ser humano era conquistador e proprietário da natureza abriu caminho para o desenvolvimento científico também na área da saúde através, por exemplo, do aprofundamento no estudo de práticas terapêuticas intervencionistas. Ademais, com a ampla liberação de pesquisas científicas, foram feitas grandes descobertas como as vacinas, as bactérias e o primeiro microscópio.

Compreende, pelo menos, as seguintes áreas: a educação sobre os principais problemas de saúde e sobre os métodos de prevenção e de luta correspondentes; a promoção da aptidão de alimentos e de uma nutrição apropriada; um abastecimento adequado de água potável e saneamento básico; a assistência materno-infantil, com inclusão da planificação familiar; a imunização contra as principais enfermidades infecciosas; a prevenção e luta contra enfermidades endêmicas locais; o tratamento apropriado das enfermidades e traumatismos comuns; e a disponibilidade de medicamentos essenciais [...] VII-4. Inclui a participação, ademais do setor saúde, de todos os setores e campos de atividade conexas do desenvolvimento nacional e comunitário, em particular o agropecuário, a alimentação, a indústria, a educação, a habitação, as obras públicas, as comunicações e outros, exigindo os esforços coordenados de todos estes setores [...]. (Carlos Neto, 2018)

Note-se que, com a Declaração de Alma-Ata, a saúde deixa de ter uma conotação individualista, caracterizada pelo binômio “indivíduo/ausência de doença” e passa a ter uma conotação pública, social, que pode ser caracterizada pelo binômio “sociedade/bem-estar”, da qual são indissociáveis fatores sociais, econômicos e culturais.

No Brasil, a Lei Elói Chaves (Decreto-Lei 4.682 de 1923) é tida como o primeiro marco histórico relevante, no que diz respeito à organização da saúde na sua dimensão pública. Com o surgimento da referida lei, foram criadas as Caixas de Aposentadoria e Pensão, que eram mantidas e geridas por empresas com o fim de oferecer serviços médicos e descontos em medicamentos aos funcionários e a suas famílias, além de demais meios que começaram a desenhar um cenário de proteção ao Direito à Saúde. (Pires, 2021, p. 28)

Todavia, no âmbito da Lei Elói Chaves, a garantia de assistência à saúde estava ligada apenas ao setor de previdência social, de forma que era destinada apenas aos trabalhadores contribuintes. Logo, só quem contribuía com a Previdência Social, ou seja, os trabalhadores com vínculo formal de trabalho, possuíam direito ao atendimento médico e à medicação garantidos na lei, o que excluía a maioria da população de suas garantias. Àqueles que eram privados do acesso à assistência médica por lei, restava recorrer a entidades filantrópicas.

Em termos de proteção constitucional, começou-se a falar em saúde somente a partir da Constituição de 1934, que incorporou em seu ordenamento jurídico direitos sociais, econômicos, culturais, trabalhistas, sindicais e previdenciários, sob grande influência da Constituição de Bonn, traduzida pela Lei Fundamental de Bonn de 1949

e da Constituição alemã de Weimar, que trouxeram novos sentidos aos direitos sociais.

A Constituição de 1934, todavia, “praticamente assimilou os idealizados avanços da nova ordem social alemã, mas apenas em seu aspecto jurídico-formal”. (Guedes, 1998, p. 82).

Cabe destacar que a chamada Lei Elói Chaves foi recepcionada pela Constituição de 1934, todavia, permaneceu a ideia de que somente aos trabalhadores formais seria garantido o direito de assistência à saúde, de forma que, ainda que a referida Constituição tivesse trazido avanços, no sentido de instituir as bases para o desenvolvimento social, tais avanços não foram estendidos a toda a população.

Com a abolição da Constituição de 1934, apenas 3 anos de sua entrada em vigência, o debate sobre saúde pública só volta a vigorar de forma enfática ao final dos anos 70, no fim da ditadura militar, com inúmeras mobilizações sociais pela saúde, com destaque para o movimento sanitarista, que intensificou o debate sobre a crise da saúde no país.

A Reforma Sanitária foi um movimento popular de referência na luta por um modelo de acesso universal à saúde pública, incluindo diferentes atores nessa construção. Nesse contexto,

[...] havia forte tendência de expansão do atendimento médico para os setores ainda não cobertos. Já no início da década, começara a surgir, ainda fora do aparato estatal, uma corrente contra hegemônica que preconizava como proposta - para a melhoria da assistência médica no país - a descentralização, articulada à regionalização e à hierarquização dos serviços de saúde e à democratização do sistema, através da extensão de cobertura a setores até então descobertos, como os trabalhadores rurais. O movimento sanitário criticava o modelo hospitalocêntrico e propunha a ênfase em cuidados primários e a prioridade do setor público. Mas é somente na década de 80 que as propostas defendidas pelos sanitaristas passam a prevalecer no discurso oficial. (Luz, 1991, p, 77)

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 consolidou o direito à saúde no rol de direitos fundamentais sociais previstos em seu artigo 6º.

Nesse cenário de mudanças históricas e intensa mobilização popular em prol do direito à saúde, a Constituição Federal foi um marco para a redefinição das prioridades da política do Estado na área da saúde pública, concebendo o SUS como a maior política de inclusão social implantada sob o regime democrático no Brasil.

Com fundamento na própria Carta de 1988, após dois anos de sua promulgação, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, introduziu o Sistema Único de Saúde (SUS) no ordenamento jurídico brasileiro visando dar configuração técnico-administrativa aos artigos 196 a 200 da Constituição de 1988, com o intuito de concretizar os mandamentos constitucionais relacionados à saúde.

Na forma da referida lei, em seu artigo 4º, §1º, e em consonância com a Constituição Federal, consta previsto que:

Art. 4º. O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º. Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. (Brasil, 1990)

Ao regulamentar a saúde, a Lei nº 8.080/90 o faz frente a todos os entes federativos e frente à iniciativa privada, estabelecendo uma estrutura descentralizada ao SUS, de forma que sua gestão é dividida entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, com repartição expressa de atribuições em seus artigos 15 a 19. (Brasil, 1990)

Evidente, portanto, a corresponsabilidade dos entes da federação pela concretização de políticas públicas concernentes à efetivação do direito à saúde, como não poderia deixar de ser, haja vista que a proteção infraconstitucional tem como parâmetro a Constituição Federal, que determina, em seu artigo 23, II, ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou:

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. (STF, 2000)

Ademais, nas mesmas diretrizes da Constituição, estabelece o art. 2º da Lei nº 8.080/90 que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (Brasil, 1990). Em seu

§1º, o art. 2º da Lei nº 8.080/90, impõe ao Estado que adote uma postura prestacional para garantir a saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais.

O artigo 3º da Lei nº 8.080/90 estabeleceu que “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”.

Vê-se claramente, portanto, que o Brasil adotou o conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS), que define a saúde não somente pela ausência de doença ou enfermidade, mas como um estado de completo bem-estar físico, mental e social:

[...] The right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment. (Cescri, 2000, p. 4)

A leitura dos artigos 2º e 3º demonstra, portanto, que a saúde não corresponde apenas a determinada prestação decorrente da existência de patologias, mas também à interação com fatores determinantes e indispensáveis ao seu pleno exercício, como condições mínimas relativas à alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer, acesso a bens e serviços essenciais e bem-estar físico, mental e social.

Assim, o SUS tem um viés educativo e voltado a promover e prevenir a saúde não somente com a finalidade curativa. É importante destacar, ainda, que “a lógica da estratégia de funcionamento do SUS é concentrar esforços nas ações de atenção básica para solucionar os problemas de saúde da população, evitando ao máximo que os problemas se agravem e tenham que ser atendidos na média e na alta complexidade”. Isso significa que

o SUS definiu um novo modelo assistencial baseado na descentralização municipalizante, cuja porta de entrada é a Atenção Básica. Dessa forma, o Estado passa a desenvolver políticas e programas que atentem para a instalação de serviços e a realização

de ações que vão desde o diagnóstico precoce da doença até os serviços de média e alta complexidade.<sup>40</sup>

Ademais, a atuação do SUS caracteriza-se, dentre outros, pelos princípios da universalidade de acesso, da integralidade de assistência, da igualdade da assistência, da participação social e da descentralização político-administrativa, nos termos do art. 7º 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 art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I. universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II. integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; [...]
- IV. igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; [...]
- VIII. participação da comunidade;
- IX. descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo; a adoção de um sistema de saúde de proteção integral, insta evidenciar que o Direito Positivo se insere em um contexto não apenas normativo, mas também social e temporal, de forma, diante das profundas desigualdades sociais e regionais que assolam o país, é imprescindível que o Executivo das três esferas administrativas da federação viabilize políticas sociais preventivas e curativas na rede pública, o que exige um projeto de planejamento e previsão de recursos muito bem delineado e vontade política para tanto.

A seriedade com a administração dos recursos públicos e com o planejamento orçamentário visando a concretização da saúde infelizmente não é a realidade brasileira.

Apesar de ser um dos sistemas de saúde pública mais avançados do mundo, o SUS carrega o peso de um subfinanciamento crônico, que dificulta a efetiva prestação de seus serviços em razão, por exemplo, da comum realidade de superlotação em seus postos e hospitais, falta de médicos e equipamentos, baixa

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 11. Dentre as políticas criadas no contexto do SUS, destaca-se a Política Nacional de Atenção Básica, aprovada pela Portaria nº 2.488 GM/MS, de 21 de outubro de 2011, que estabelece o Programa de Saúde da Família como a principal estratégia para a reorientação do modelo assistencial a partir da atenção básica.

remuneração de seus profissionais, entre outras diversas dificuldades decorrentes da ausência de políticas públicas eficientes, como se verificará mais adiante.

## 5 TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES ESTATAIS

### 5.1 ORIGEM DA TRIPARTIÇÃO DE FUNÇÕES

A clássica doutrina da separação das funções do poder, já sugerida em Locke<sup>41</sup> e identificada nitidamente em Montesquieu na obra “Do Espírito das Leis”, de 1748, desempenhou papel fundamental no contexto liberal-burguês da Revolução Francesa. Tratava-se de verdadeiro pressuposto para que o indivíduo, agora dotado de direitos de liberdade e propriedade, pudesse exercitá-los contra o Estado.

O referido princípio da separação das funções do Estado tornou-se, com a Revolução Francesa, um verdadeiro dogma constitucional, de forma que, desde então, o referido princípio passou a ser adotado pelos Estados Constitucionais. A formulação clássica da separação de poderes encontra-se aclarada no artigo 16º da *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789<sup>42</sup>, que declara que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes.

Montesquieu, a partir da ideia norteadora de que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites, tomou como ponto de partida de sua concepção, a existência de três espécies de governo apresentadas, logo no pórtico do Livro Segundo de *Do Espírito das Leis*, quais sejam, o Republicano, o Monárquico e o Despótico. Em suas palavras:

o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos. (Montesquieu. 1993, p. 19)

Montesquieu concebia os poderes republicano e monárquico como moderados, em contraposição ao poder despótico. Segundo o autor, a essência dos governos

---

<sup>41</sup> Locke concebia dois meios de contenção do poder do Estado: o direito de resistência e a técnica da “divisão de poderes”, pela qual os abusos de poder são combatidos através da distribuição das funções estatais em diferentes mãos: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo (este último referia-se à política externa do Estado). Note-se que Locke não incluiu o Poder Judiciário como um dos Poderes do Estado. Para maior aprofundamento no pensamento lockeano, ver: TEIXEIRA, F. J. S. **Economia e filosofia no pensamento político moderno**. Campinas: Pontes, 1995.

<sup>42</sup> FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789.

Art. 16º. “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

moderados é “combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir ao outro”. (Ibidem, p. 75). Nesse sentido, o autor consigna que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”. (Ibidem, p. 170)

É notório que, no contexto histórico da Revolução Francesa, de aversão aos regimes absolutistas e formação dos Estados de Direito, o iluminista Montesquieu preocupava-se, sobretudo, com a imposição do *Rule of Law* para combater a opressão do Antigo Regime, resguardando recém conquistadas liberdades individuais.

Na doutrina clássica de Montesquieu, são identificados três “poderes”<sup>43</sup>: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito civil e o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes. Piçarra explica:

O poder legislativo traduz-se no poder de fazer leis, por um certo, tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas O poder executivo do Estado é o poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões. O poder de julgar ou o poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir os crimes ou de julgar os litígios entre os particulares.<sup>44</sup>

Todavia, no contexto histórico positivista no qual se insere, não é surpresa alguma que, na doutrina clássica de Montesquieu, a atividade dos magistrados tenha sido apequenada em um ideal mecanicista, sem qualquer protagonismo. Ao Poder Judiciário cabia apenas a deferência aos dois outros gigantes.

A classe emergente, a burguesia, insatisfeita com o abuso dos poderosos (clero e nobreza), liderou esse movimento [Revolução Francesa], inspirada nas ideias de Hobbes, Rousseau, Montesquieu: o poder seria dividido em três funções, atribuídas a três órgãos diferentes. Foi nesse momento histórico que, como numa traição à

---

<sup>43</sup> Importa lembrar que o poder estatal, ontologicamente, é uno e indivisível, de forma que forma que sua divisão em funções a serem exercidas por órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário), não significa uma divisão do poder material, mas tão somente uma divisão funcional do poder estatal.

<sup>44</sup> PIÇARRA, N. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 91. Nas palavras de Montesquieu: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167/168).

ideia originária de dividir-se em três as funções ao poder, concebeu-se um Judiciário sem reais poderes, por desconfiança. Concebeu-se a figura do juiz como um ser inanimado, que seria a *boca da lei*. (Alvim, 2019, p. 76)

Os juízes, como elucidamos no capítulo inaugural, começaram a recuperar seu poder a partir da 2ª Grande Guerra. É a partir desse período que, na Europa, onde ainda vigorava a ideia de superioridade do Parlamento e das leis por ele emanadas, não cabendo aos juízes o exercício de nenhuma atividade interpretativa das leis, começa a ganhar relevância a concepção de uma Justiça Constitucional<sup>45</sup>, sobretudo a partir da doutrina do austríaco Hans Kelsen.

Com o gradual amadurecimento da ideia de supremacia da constituição na Europa, que, horrorizada com as barbáries cometidas sob o manto da legalidade na 2ª Guerra Mundial, ia abandonando o legalismo excessivo, instaurou-se um longo debate sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, ou seja, qual órgão deveria, em última *ratio*, protegê-la de eventuais violações e garantir sua correta aplicação.

O debate polarizou-se, essencialmente, entre as ideias de Kelsen e Schmitt. Kelsen defendia a existência de um Tribunal Constitucional, criado exclusivamente para conhecer e solucionar o contencioso constitucional. O referido órgão, no modelo kelseniano, é independente e está posicionado fora do(a) aparelho/estrutura do Poder Judiciário. Para Carl Schmitt (1931), a guarda da Constituição deveria ser feita por um terceiro neutro com função “mediadora, tutelar e reguladora”, funções estas que, em sua visão, estariam presentes no Presidente do Reich.

Com a derrocada do nazismo, o modelo austríaco ou kelseniano prevaleceu e ganhou fôlego com o protagonismo do Tribunal Constitucional Federal alemão, no pós-guerra.

Enquanto na Europa ainda prevalecia o ideal de supremacia do Parlamento, nos Estados Unidos da América, a ideia de supremacia da constituição já tinha contornos bem mais definidos, o que permitiu o desenvolvimento de uma verdadeira técnica de freios e contrapesos (*“checks and balances”*)<sup>46</sup>, baseada no exercício de

---

<sup>45</sup> Canotilho define Justiça Constitucional como o “complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas a fiscalizar a observância e o cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes”. (CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 892).

<sup>46</sup> O modelo de freios e contrapesos foi desenvolvido por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, em uma série de manuscritos que, reunidos, compõem o livro “O Federalista”.

controle e fiscalização de um “poder” sobre o outro, que reservava ao judiciário um lugar de destaque.

Isso porque, na prática americana,

a mudança de uma norma constitucional exigia (como ainda hoje exige, já que o texto-base da Constituição norte-americana é o mesmo desde 1787) um difícil processo legislativo. Se o Parlamento aprovasse uma lei contrária à Constituição, essa lei não seria válida e, portanto, deveria ser anulada. E o Judiciário seria o órgão a exercer esse controle de constitucionalidade das leis. (Lima, 2005, p. 76)

Esse modelo foi esboçado, principalmente, nos manuscritos de Hamilton, no “Federalista n. 78”, cujos argumentos principais podem ser sintetizados: (i) na concepção de que a Constituição impõe limitações à atividade legislativa; (ii) a interpretação das leis (e, por consectário lógico, também das leis constitucionais) é função específica dos juízes; e (iii) o Judiciário é o ramo menos perigoso (“the least dangerous branch”) dentre os “poderes” do Estado para guardar a Constituição, uma vez que não dispõe nem da “espada” nem do “tesouro”.

Tendo como suporte as ideias ali postas, a Suprema Corte norte-americana, sob o comando do *Chief Justice* John Marshall, adotou o controle de constitucionalidade (*judicial review*) das leis no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, quando, pela primeira vez, foi anulada uma lei federal (ato do legislativo) pelo Poder Judiciário em decorrência de sua incompatibilidade com a Constituição norte americana.

A lógica utilizada por Marshall em sua decisão para justificar o *judicial review* espelha as ideias formuladas por Hamilton. Eis um trecho do voto:

É enfaticamente a província e o dever do ramo judiciário dizer o que é o Direito. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem, por necessidade, expor e interpretar a regra. Se duas leis estão em conflito, as cortes devem decidir sobre a aplicação de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas, lei e a constituição, forem aplicáveis ao caso particular, então a corte deve decidir o caso conforme a lei, desconsiderando a constituição; ou conforme a constituição, desconsiderando a lei; a corte deve determinar qual dessas regras em conflito governa o caso. Essa é a essência do dever judicial.

Se, então, as cortes devem observar a constituição, e a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não o ato ordinário, deve governar o caso ao qual ambas são aplicáveis. (Marmelstein, 2005, p. 76)

Esse precedente paradigmático da Suprema Corte norte americana abriu espaço para o controle de constitucionalidade nos Estado Unidos da América, colocando o Poder Judiciário verdadeiramente como uma das forças motrizes da sociedade.

Guardadas todas as diferenças aqui apontadas, tanto na Europa quanto na América do Norte, a ideia central da Justiça Constitucional é a mesma: a superioridade das normas constitucionais sobre as demais leis do ordenamento, de forma que a Constituição é tida como parâmetro de validade de todo o ordenamento.

## **5.2 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA CONTEMPORANEIDADE**

Hodiernamente, a repartição de funções não ocorre de forma rígida como outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo (“hipertrofia das funções do Estado”, como denominam o fenômeno Gabriel Almond e J. Coleman (1999) ou “multifuncionalidade do Estado contemporâneo”, conforme conceitua Cristina Queiroz<sup>47</sup>), impõe uma nova acepção da teoria da separação de funções, tendo em vista que não cabe mais ao Estado tão somente resguardar liberdades individuais, mas também concretizar um amplo leque de direitos sociais, tendo a dignidade da pessoa humana como vetor de toda a sua atuação.

A positivação de direitos sociais nas constituições pós-segunda guerra mundial fez com que o aparelho estatal fosse progressivamente expandido e tornado mais complexo, de forma que, pouco a pouco, o Poder Judiciário foi tornando-se um verdadeiro Poder de Estado, em todo o mundo.

Nesse diapasão, a tripartição clássica de poderes, nos moldes propostos por Montesquieu, torna-se insuficiente diante da construção de novas realidades.

Assim, diante da complexidade e do surgimento de novas demandas sociais no Estado Moderno, “o campo de atuação dos poderes tem de ficar entrelaçado, diminuindo-se os limites que separam a atuação de cada um deles” (Agra, 2018, p. 61).

Nesse contexto, com a superação do positivismo e a promulgação de constituições que positivaram em seus corpos jurídicos, uma ampla gama de direitos sociais, atribuindo ao Poder Judiciário a guarda dos direitos ali assegurados; o

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 99.

Judiciário foi alçado ao centro da arena do debate público, tendo em vista que, não havendo a observância espontânea pelos demais Poderes dos direitos constitucionalmente previstos, caberá à jurisdição constitucional<sup>48</sup> assegurá-los, corrigindo a atuação do administrador ou do legislador, sobretudo com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais.

É a partir daí que se coloca a problemática da separação absoluta dos Poderes. Isso porque a efetividade das normas garantidoras de direitos fundamentais está diretamente atrelada à elaboração e implementação de políticas públicas, pelos poderes legislativo e, sobretudo, executivo, que realizem o conteúdo destas normas.

A possibilidade de o juiz contemporâneo decidir sobre políticas públicas ilustra bem a relevância e a complexidade da função jurisdicional: quando estas simplesmente não são estabelecidas (um dos casos de violação das normas constitucionais por omissão), ou se revelam insuficientes para a proteção e a efetivação dos direitos constitucionais, o Poder Judiciário passa a ter competência para fazer cumprir e dar efetividade a tais direitos, sem que isso implique, a nosso ver, violação do princípio da separação dos poderes. (Alvim, 2019, p. 36)

No entanto, o avanço da jurisdição constitucional sobre o espaço da política majoritária, ilustrada principalmente na atuação do Poder Judiciário no sentido de conformar políticas públicas com a finalidade de dar concretude aos direitos fundamentais é, muitas vezes, vista como um certo “mal-estar institucional”.

Isso porque, quando os órgãos judiciais resolvem disputas entre particulares, determinando, por exemplo, o pagamento de uma indenização por quem causou um dano material ou moral a outrem, decretando um divórcio ou o despejo de um imóvel, não há discussão sobre a legitimidade do poder exercido pelo Poder Judiciário para decidir tais questões. (Barroso, 2010, p. 19)

De outra partida, quando o Judiciário atua “em disputas que envolvem a validade dos atos estatais ou nas quais o Estado – isto é, outros órgãos de Poder – seja parte”<sup>49</sup>(*Ibidem*), a questão dos limites da esfera de atuação dos “Poderes Estatais” ganha complexidade, uma vez que, nesses casos, a decisão de juízes e tribunais pode sobrepor a vontade de agentes públicos de outros Poderes, eleitos ou

---

<sup>48</sup> Por “jurisdição constitucional”, estamos aqui nos referindo, de maneira ampla, ao poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

nomeados para o fim específico de fazerem leis ou definirem políticas públicas.  
(*Ibidem*)

Todavia, não se pode negar que as constituições modernas, ao ampliarem sobremaneira a quantidade de direitos assegurados e, sobretudo, a natureza dos direitos nelas previstos, ao mesmo tempo em que imputaram ao Poder Judiciário a missão de salvaguardar tais direitos, acabaram por alargar a esfera de atuação da jurisdição. Assim,

a ampliação da conflituosidade conduz a uma mudança de qualidade nos conflitos submetidos à jurisdição. Temos não mais meros conflitos de interesses, mas também conflitos de valores. Em uma ação demarcatória de terras particulares não há conflito de valores, já que o valor debatido é o mesmo, qual seja o direito de propriedade. Em vez disso, os juízes passaram a se defrontar com oposições entre valores: propriedade x função social, propriedade x direitos dos consumidores, propriedade x direitos ambientais, direito à terra x direitos ambientais. Situações como essas são inovadoras porque se trata, em última análise, de conflitos distributivos. Ao decidirem questões dessa natureza, mais do que meramente resolverem uma lide, os juízes estão dirimindo conflitos distributivos: distribuição de poder e de riquezas. Dessa forma, as instituições judiciárias são chamadas a arbitrar conflitos que, tradicionalmente, não integravam os seus âmbitos de competência, já que tal arbitragem competia aos ramos mais especificamente políticos do Estado (Executivo e Legislativo). (Costa, 2008, p. 158)

Portanto, no âmbito das constituições modernas, a separação de poderes deixa de possuir um aspecto unicamente funcional e passa a desempenhar um papel finalístico, em que a realização dos direitos fundamentais configura sua função precípua, impondo-se a relativização do princípio da separação das funções do Estado como fora originalmente concebido por Montesquieu.

Por esse motivo, diferentemente da concepção clássica da separação de poderes, que se baseava no conceito iluminista da lei e, portanto, em uma concentração de poder no Legislativo, sendo o Judiciário mero aplicador mecânico da letra da lei, atualmente se concebe a limitação do poder em nome das garantias fundamentais, com o que se pretende assegurar o pluralismo de centros de poder<sup>50</sup>, de modo que uns sirvam de controle aos outros.

---

<sup>50</sup> Já existem autores que defendem, inclusive, a superação do modelo tripartite por modelos que englobam diversas instituições de poder. Nesse sentido é a lição de Bruce Ackerman: “Quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima Trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a

Nas palavras de André Ramos Tavares:

A doutrina da separação dos poderes, contudo, serve atualmente como uma técnica de arranjo da estrutura política do Estado, implicando a distribuição por diversos órgãos de forma não exclusiva, permitindo o controle recíproco, tendo em vista a manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano. E é na Constituição que se encontra o grau de interdependência e colaboração entre os diferentes órgãos existentes e as suas respectivas atribuições. (Tavares, 2012, p. 1202)

Nesse diapasão, nota-se a proeminência do Poder Judiciário na época atual, servindo de base à remodelagem da visão clássica da separação dos poderes, de forma a concretizar os objetivos do Estado Social de Direito e os direitos sociais constitucionalmente assegurados, no sentido de incentivo da colaboração e do diálogo das instituições de poder.

Antes de prosseguirmos, é essencial frisar que não estamos sustentando uma atuação ilimitada do Poder Judiciário. Ainda que, modernamente, seja inegável que a função jurisdicional tenha maior espaço legítimo de atuação do que outrora, é certo que existem limites à essa atuação, sob pena de a jurisdição constitucional obstar justamente aquilo que é seu dever máximo assegurar: a concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

Os limites à atuação da jurisdição constitucional serão detidamente discutidos no momento oportuno. Por ora, o que se quer deixar claro é que o apego exagerado a velhos dogmas do constitucionalismo clássico, sobretudo ao esquema clássico da divisão dos poderes, não pode servir como véu ideológico que dissimule intenções reacionárias de impor óbices injustificáveis à verdadeira concretização de direitos sociais fundamentais.

---

tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais. E, assim, nós devemos dar um carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos” (ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, 2014, p. 14.)

### 5.3 A SEPARAÇÃO DE FUNÇÕES NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição de 1988 consagrou o princípio da separação dos órgãos do poder como um de seus princípios fundamentais. Nos termos do artigo 2º da CRFB/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Destaca-se que o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Cidadã, prevê que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes, conferindo proteção especial à organização tripartite das funções do Estado.

Nesse sentido, a interpretação da separação das funções do Estado deve ser compreendida através de dois elementos: especialização funcional e independência orgânica.

Assim, os poderes componentes da federação são independentes, o que significa dizer que um não necessita do outro para o seu funcionamento; que, no exercício de suas atribuições próprias, não se faz necessário que o Poder titular dessa atribuição consulte os outros ou necessite de sua autorização; e que, na organização dos respectivos serviços, cada Poder é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.

Já a harmonia entre os poderes verifica-se no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito, de forma que o funcionamento de um deles não obstaculiza o exercício da função dos outros.

A respeito da subordinação dos órgãos ao princípio da harmonia, José Afonso da Silva ensina que:

[...] não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o manismo), para evitar distorções e desmandos. (Silva, 2005, p.111)

Nesse sentido, a separação de funções não é absoluta. Busca-se um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio de um órgão sobre outro ou sobre os governados. Portanto, os “Poderes de Estado” trabalham de forma autônoma, mas não isolada.

Na mesma toada das demais democracias ocidentais, no Brasil, o Poder Judiciário também ganha importante relevância nesse contexto, havendo “um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e Executivo” (BARROSO, 2012, p. 23), sobretudo na vigência da Constituição Federal de 1988, que alargou a importância da função jurisdicional, na medida em que garantiu que os direitos fundamentais conquistados pudessem ser exigidos perante o Poder Judiciário, caso não fossem satisfeitos voluntariamente ou violados pelos demais “Poderes”.

Além de ampliar e facilitar o acesso ao Poder Judiciário, através do princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, a Constituição de 1988 também ampliou o direito de propositura no controle concentrado<sup>51</sup>, “fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos” (Barroso, 2010, p. 264). Soma-se a isto, a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>52</sup>.

Nesse sentido,

o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social. (Vianna, 1999, p. 9)

---

<sup>51</sup> O controle abstrato de constitucionalidade (que é, na maioria das vezes, também concentrado) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez através da Emenda Constitucional 16/65, que alterou o artigo 101 da Carta de 1946, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária de apreciar “a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral da República.”. No âmbito da Constituição Federal de 1988, o as ações de controle concentrado encontram-se previstas no art. 102, I, “a” (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade); art. 102, §1º (arguição de descumprimento de preceito fundamental); art. 103, §2º (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e art. 36, III (ação direta interventiva).

<sup>52</sup> Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

## 6 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

### 6.1 BREVE NOTA SOBRE O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A judicialização constitui um fenômeno social ocasionado por diversas razões, tais como a existência de um vasto catálogo de direitos fundamentais atrelada à falha ou omissão dos demais Poderes em cumprir a promessa constitucional de inclusão social e concretização desses direitos.

Roberto Barroso explica:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (Barroso, 2010, p.8)

Segundo o autor, o fenômeno da judicialização, isto é, a expansão da jurisdição e do discurso jurídico, caracteriza uma drástica alteração do modo de se pensar e praticar o direito em países com tradição no *civil law*.<sup>53</sup>

Importa destacar que a judicialização não é um fenômeno exclusivo do Brasil. Do contrário, o fenômeno é mundial e alcança até mesmo países de tradição no modelo inglês, marcado pela soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.

Como dito, o fenômeno tem causas de diversas naturezas. Uma delas é a grande influência do olhar neoconstitucionalista sobre o direito, que resulta, dentre outros fatores, no reconhecimento da importância do Judiciário como elemento essencial para as democracias modernas, mesmo em países de tradição romano-germânica, que evitaram a todo custo um “governo de juízes”.

Em que pese a adoção do sistema *civil law* que em tese impõe uma autocontenção ao magistrado e o estrito respeito ao texto da lei, o protagonismo do Poder Judiciário ampliou-se pós-Constituição de 1988, com o enorme rol de direitos ali consagrados e a necessidade de implementá-los, e foi melhor instrumentalizado após a Emenda Constitucional n. 45, especialmente no que se refere à questões políticas (aborto, união civil, porte de armas, etc.) e implementação de

---

<sup>53</sup> *Ibidem*.

políticas públicas, tradicionalmente discutidas nas esferas do legislativo e do executivo. O protagonismo do Judiciário é favorecido pelo que se denomina judicialização da política, processo por meio do qual o Poder Judiciário passou a ocupar-se da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais e que tem resultado em processos interpretativos cada vez mais amplos e, via de regra, uma interpretação crescentemente mais aberta da Constituição. (Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2015, p. 120)

Destaca-se como causa para o fenômeno da judicialização a constitucionalização de uma ampla gama de direitos fundamentais nas constituições modernas, aliada à ampliação dos mecanismos de acesso à justiça e de competências do Poder Judiciário.

Se enganam, no entanto, aqueles que pensam que a constitucionalização dos direitos fundamentais, por si só, dá azo à crescente vertiginosa da judicialização. Isso porque a garantia de judicialidade desses direitos não significa que eles serão, necessariamente, judicializados. Quando se judicializa um direito fundamental, a causa está no fato de que o Estado, de alguma forma, foi negligente na garantia do direito judicializado (Costa, A. 2021, p. 45), de forma que a positivação deste direito no texto constitucional é apenas um mecanismo de concretização do direito, e não a causa de sua judicialização.

O que nos leva à principal causa da judicialização de políticas públicas: a má-gestão, por parte das instituições dos poderes eletivos, dos recursos financeiros e humanos na efetivação das políticas públicas existentes e a falha ou verdadeira omissão na implementação de uma política pública eficaz, atreladas à falta de comunicação clara e transparente da administração pública com os cidadãos.

A esse respeito, veja o que diz André Batista da Costa:

Se por alguma razão a jurisdição se tornou a primeira e única ferramenta à disposição do cidadão, é ao Estado e não ao povo que cabe a busca de soluções. [...] A judicialização da política ocorre porque se criou um ambiente de total falta de transparência em relação às ações do Estado, gerando uma enorme descrença da sociedade em relação aos poderes eletivos. (*Ibidem*, p. 161)

Vanice do Valle acrescenta:

No caso brasileiro, esse dilema entre enunciação de direitos (que não de ser traduzidos em políticas públicas instrumentais à sua garantia) e o arcabouço institucional apto à sua concretização incorporou-se definitivamente à agenda jurisdicional. É geral o sentimento de

inadequação ou, quando menos, **desproporção** entre os esforços do poder no rumo do cumprimento de seus deveres constitucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania, tendo sempre por parâmetro o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas à proteção aos direitos fundamentais, isso assim seria por disfuncionalidades do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional. (Valle, 2009, p. 57)

Há de se destacar, ainda, mais uma causa importante da judicialização, que não se limita apenas à judicialização de políticas públicas, mas também de questões que versam sobre desacordos morais razoáveis: atores políticos, muitas vezes, de forma estratégica para evitar desgastes políticos, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, com o objetivo de repassar os custos políticos da decisão aos tribunais, “cujos integrantes não precisam passar pelo crivo do voto popular após suas decisões”<sup>54</sup>. No âmbito do direito à saúde, esse fenômeno é facilmente verificável quando se está diante dos *hard cases*, em que são judicializados tratamentos e/ou medicamento de altíssimo custo para doenças raras.

Merece destaque, por fim, outro fator do qual decorre a judicialização no Brasil: o sistema de controle de constitucionalidade vigente na atual Carta Constitucional, que combina a matriz americana de controle abstrato de constitucionalidade e a matriz europeia de controle concentrado de constitucionalidade, tornando bastante ampla a arena onde o Poder Judiciário pode atuar no controle de atos dos demais Poderes.

## 6.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

A judicialização da saúde traduz-se em demandas cujo objeto é a concretização do direito fundamental à saúde através do fornecimento, por imposição do Poder Judiciário, em casos individuais ou coletivos, de prestações materiais variadas ao jurisdicionado, tais como medicamentos, insumos, exames, cirurgias, leitos hospitalares, tratamentos e demais assistências médicas e farmacêuticas.

---

<sup>54</sup> VIEIRA, J. R.; CAMARGO, M. M. L.; SILVA, A. G. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In: Anais. I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria dos direitos*, 2009, p. 44.

Como já dito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou em seu bojo uma ampla gama de direitos fundamentais sociais, a atuação do Estado, destinada à oferta dos serviços de saúde, deixou de ser benefício de alguns segmentos sociais ou favor estatal e passou a exigir a do Poder Legislativo e da Administração Pública medidas de efetivação dos direitos fundamentais de titularidade do cidadão.

Assim, com a aquisição de *status* de direito social, a saúde passa a ser exigível como direito subjetivo público, ou seja, vindicável mesmo na esfera individual (Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018, p. 156), conferindo a seu titular o poder de exigir prestações positivas do Estado visando sua concretização.

Porém, mesmo com a positivação de tais direitos fundamentais, passados 35 anos da promulgação “Constituição Cidadã”, que instituiu novos arranjos político-institucionais, as desigualdades que assolam o país há décadas, continuam cada vez mais acentuadas, de forma que, na sociedade brasileira, uma expressiva parcela da população não tem condições de arcar com os custos da compra de medicamentos e da realização de demais serviços assistenciais de saúde.

Segundo dados provenientes do suplemento saúde da *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios* (PNAD), apesar da relevância do SUS na provisão de fármacos, pouco menos da metade da população, que teve medicamentos prescritos no SUS, obteve-os no próprio sistema público (45,3%). Ainda, entre os que não receberam através do SUS, constatou-se que o principal motivo para a não aquisição dos medicamentos foi não ter dinheiro para comprá-los (51,5%). (Cadernos de saúde, 2013) <sup>55</sup>

Conforme a pesquisa supramencionada, quando se analisou a proporção de pessoas que não obtiveram, pelo SUS ou por qualquer outro meio, quaisquer dos medicamentos receitados, observou-se um gradiente negativo quanto à renda, sendo a não obtenção dos remédios aproximadamente duas vezes maior dentre a população mais pobre. Pior perfil também foi observado entre aqueles com menor escolaridade, quando comparados com os de maior escolaridade, e entre os negros, comparados aos brancos. (Caderno de Saúde Públicas, 2013)

---

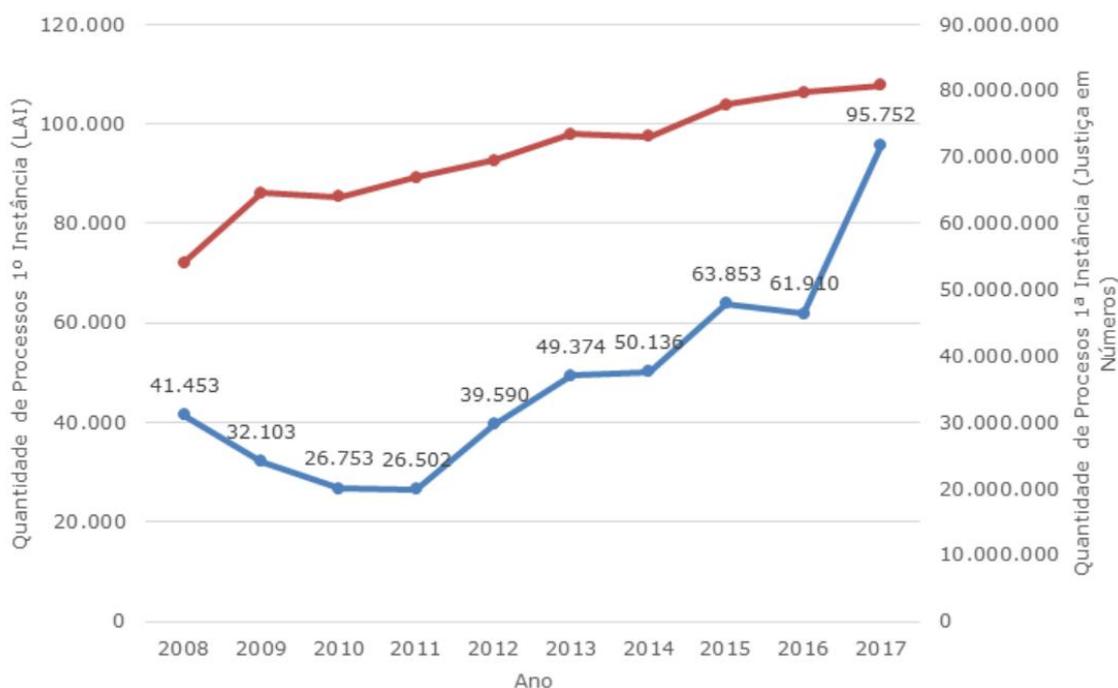
<sup>55</sup> Importa destacar que a Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece o acesso a medicamentos essenciais como um dos cinco indicadores relacionados a avanços na garantia do direito à saúde (ÁLVARES, J. *et al.* Acesso aos medicamentos pelos usuários da atenção primária no Sistema Único de Saúde. *Revista de Saúde Pública*, v. 51, 2017. p. 2. Disponível em: <https://www.scielo.br/lj/rsp/a/8YvWPwQsXhhGRVrNqtPbfpJ/?lang=pt>. Acesso em: 12 jul. 2023).

Nota-se, conseqüentemente, um constante e significativo fluxo de demandas levadas à tutela do Poder Judiciário, a fim de se exigir da Administração Pública a prestação material de serviços de saúde ao jurisdicionado e, após o contexto de crise aguda na saúde pública decorrente da pandemia de COVID-19, o fenômeno da judicialização da saúde ganha contornos ainda mais complexos.

O tema envolve desgastantes embates jurídicos, tendo em vista que os entes públicos tentam, na maioria das vezes, esquivar-se de suas responsabilidades, imputando um ao outro o dever que lhes é comum, ou resistindo à pretensão do titular de direito fundamental sob o argumento de falta de orçamento público.

Relatório publicado em 2019, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra o crescimento expressivo da judicialização da saúde no país. Segundo o relatório, o crescimento da judicialização na área da saúde, entre 2008 e 2017, foi de 130%, enquanto o número total de processos judiciais, no mesmo período cresceu 50%. Os dados coletados na pesquisa apontam para mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país.

**Gráfico 01:** Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)<sup>56</sup>

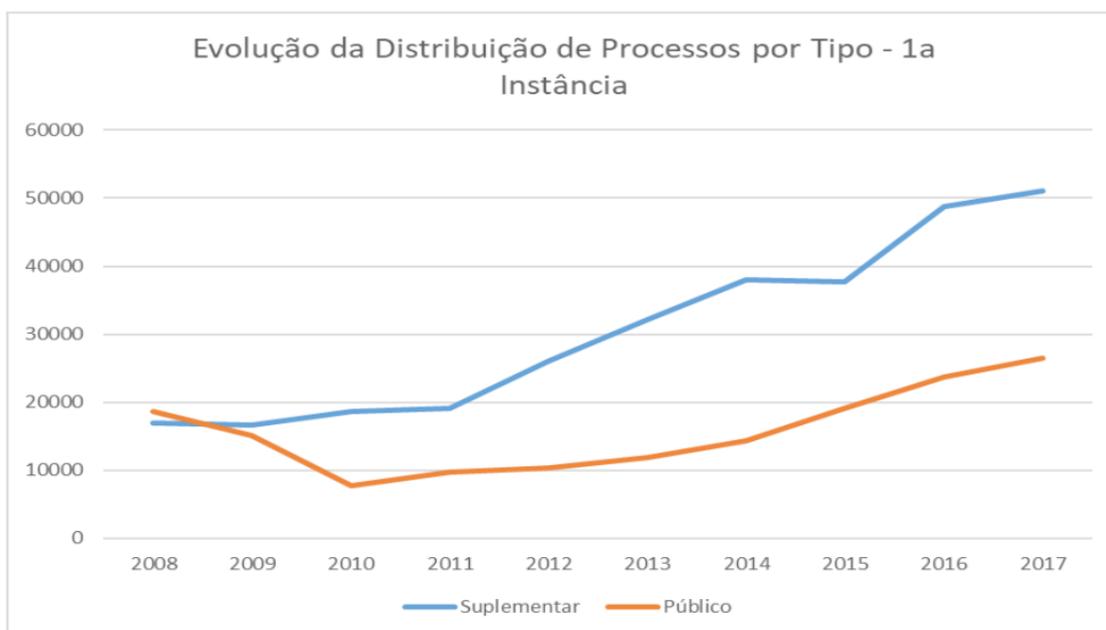


**Fonte:** Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 46.

<sup>56</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil:** perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). 2019. p. 46.

É importante notar, todavia, que, ainda que a judicialização da saúde seja crescente, tanto no sistema público quanto no sistema privado, é maior a relevância do setor privado. Há evidências, portanto, para contestar a visão predominante na literatura de forte dominância de demandas judiciais relativas ao sistema público.<sup>57</sup>

**Gráfico 2:** Evolução da Distribuição de Processos por Tipo 1ª Instância<sup>58</sup>



Fonte: *Ibidem*, p. 127.

Lembra-se de que é dever do Estado concretizar políticas públicas saúde, nos termos dos artigos 196 e 23, inc. II da CRFB/88. Porém, os números demonstram a ineficiência do Estado e as urgentes necessidades da sociedade, uma vez que o Estado é omissivo ou incapaz de realizar, de forma satisfatória, políticas públicas que façam com que todos, indistintamente, tenham acesso a serviços de saúde.<sup>59</sup>

Embora não exista uma solução pronta para o combate à judicialização, é certo que encontrar e entender as principais causas para o crescimento desse fenômeno é condição sem a qual dificilmente se conseguirá implementar ações viáveis para a

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>59</sup> Na maioria das vezes, o objeto da judicialização é um tratamento, medicamento ou insumo já incorporado pelo SUS e de baixo custo ou complexidade. Pesquisa feita diretamente no site do Tribunal de Justiça de São Paulo demonstra que, no curto período de um ano (2022), apenas naquele Estado, foram encontrados 275 acórdãos versando sobre o fornecimento de fralda geriátrica pelo Poder Público. Na pesquisa foram utilizados os denominadores [“fralda geriátrica” E “fornecimento” E (“SUS” OU “Sistema Único de Saúde”)], o período foi restrito entre 01/01/2022 e 31/12/2022, e foram selecionados apenas órgãos julgadores de direito público.

diminuição das lides que versam sobre políticas públicas de saúde. (Costa, A., 2021, p.139)

Portanto, os próximos subitens serão dedicados a essa tarefa, que não pretende, evidentemente, esgotar o assunto, mas sim, traçar um panorama geral dos cenários que contribuem, de forma direta, para o aumento contínuo e expressivo da judicialização da saúde no Brasil.

### **6.2.1 Má-gestão administrativa como causa para o aumento da judicialização da saúde**

Sob o peso de um histórico de reiteradas postergações, o ministro Gilmar Mendes, em Audiência Pública, realizada no Supremo Tribunal Federal, em 2009, para debater a judicialização da saúde, perguntava: “a judicialização do direito à saúde [...] são omissão de política, uma inadequação das políticas ou há outros interesses envolvidos?”<sup>60</sup>(STF, 2023)

Hoje, 14 anos após a referida audiência, tais perguntas permanecem pertinentes, senão ainda mais contundentes em razão da crise instaurada pela pandemia de COVID-19.

A má-gestão dos recursos públicos destinados à saúde – que vai desde problemas de superfaturamento na aquisição de medicamentos e desvio de recursos até a desorganização na contagem de determinado medicamento disponível em uma unidade de saúde e falhas graves na comunicação entre os entes federativos – tem como resultado o desperdício destes recursos e, como consequência direta, uma menor margem de recursos financeiros aplicados que, de fato, serão revertidos em prestações de saúde à população, aumentando, assim, a probabilidade de que as políticas públicas de saúde sejam questionadas nos tribunais.

Apenas para ilustrar o fenômeno, citemos alguns casos em que falhas graves da administração pública resultaram em processos de judicialização de saúde que poderiam ser evitados.

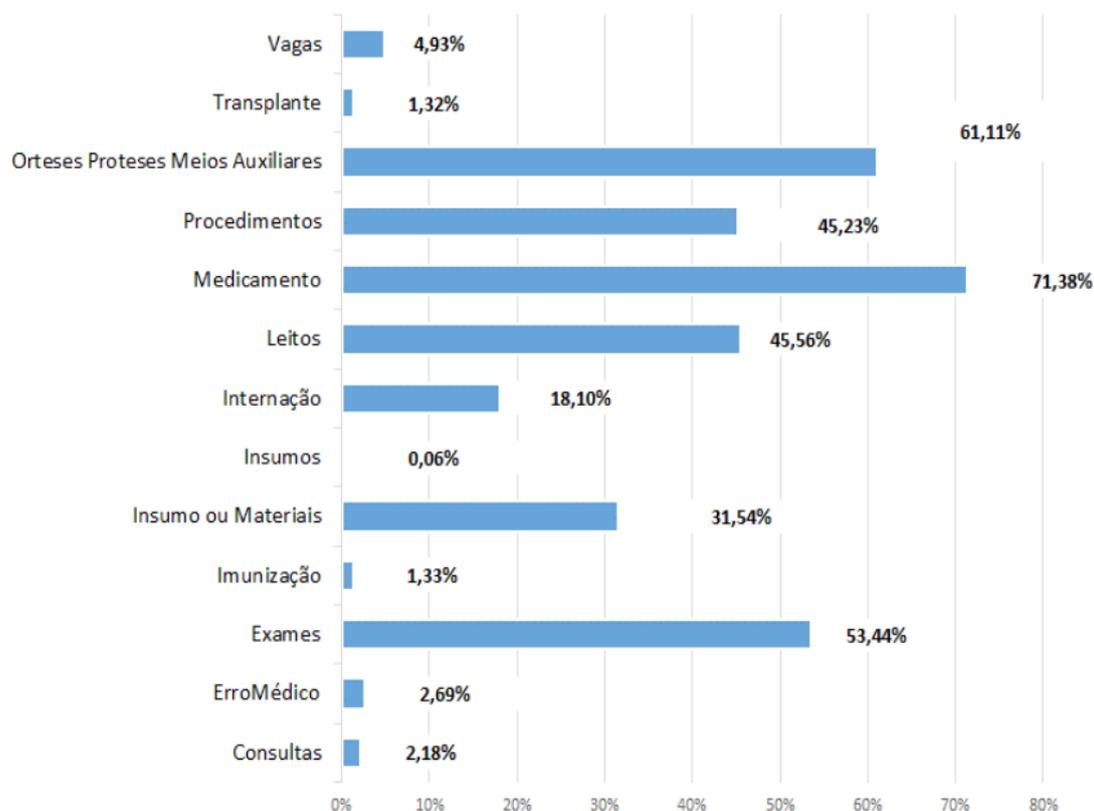
Vejamos o caso da judicialização de órteses, próteses e meios auxiliares, um dos assuntos mais judicializados no país, atrás apenas dos pedidos por

---

<sup>60</sup> Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Saúde [online]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8>. Acesso em: 06 ago. 2023.

medicamentos:

**Gráfico 03:** Distribuição dos acórdãos por assunto (Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)<sup>61</sup>



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, p. 70.

Em novembro de 2017, investigações feitas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, decorrentes de uma operação de nome “Fratura Exposta”, na qual se investigavam fraudes na aquisição de próteses e órteses por hospitais do Rio de Janeiro, levaram à denúncia do esquema de fraude no fornecimento de serviços de saúde no estado do Rio de Janeiro, estimando-se desvios de mais 100 milhões de dólares dos cofres públicos:

A presente operação cautelar é desdobramento da Operação Fratura Exposta e das investigações realizadas após a sua deflagração, tendo como escopo aprofundar o desbaratamento da organização criminosa responsável pela prática dos crimes de corrupção e lavagem de capitais envolvendo contratos na área da saúde envolvendo o Estado

<sup>61</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil:** perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). 2019. p. 70.

do Rio de Janeiro e o Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Hadad – INTO.

Com efeito, após exaustiva investigação que contou com medidas cautelares de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico de telemático, as operações Calicute e Eficiência conseguiram demonstrar como a organização criminosa comandada por SÉRGIO CABRAL atuou para praticar atos de corrupção e lavagem que desviaram mais de USD 100.000.000,00 (100 milhões de dólares) dos cofres públicos mediante engenhoso processo de envio de recursos oriundos de propina para o exterior. (RIO DE JANEIRO, 2017)

Pesquisa divulgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2018, apontou que, apenas naquele estado, havia mais de 500 mil ações judiciais na área da saúde. (Costa, 2021, p. 155)

Evidentemente, o valor exorbitante desviado por agentes do Estado na área da saúde não foi aplicado na criação de novas políticas públicas de saúde, tampouco no bom funcionamento das políticas já existentes, de forma que o déficit na prestação desse serviço essencial resulta em ações judiciais levadas aos Tribunais para que seja concretizado o direito fundamental à saúde, à dignidade e à própria vida do jurisdicionado.

Outro caso emblemático envolvendo graves falhas da administração pública no fornecimento de próteses e órteses ficou conhecido como “A Máfia das Próteses”, deflagrado no Distrito Federal em 2015, cuja investigação resultou na descoberta de uma quantidade de próteses, órteses e materiais para artroscopia que supriam aquela Secretaria de Saúde por cerca de 50 anos, o que não é nem um pouco razoável, sobretudo levando-se em consideração o prazo de validade destes materiais.

Ainda assim, em que pese os estoques da Secretaria de Saúde estivessem cheios desses materiais, verificou-se a existência de diversas ações judiciais em curso no Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2015, cujos pedidos eram a realização de procedimentos de artroscopia, uma vez que estes estavam sendo negados pelo Estado sob o fundamento de que o sistema de saúde do Distrito Federal não possuía os insumos para essas intervenções cirúrgicas.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> A título de exemplo, ver Reexame Necessário nº 0001768-47.2014.8.07.0018, assim ementado: “REMESSA OFICIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. CIRURGIA DE ARTROSCOPIA DE OMBRO. PACIENTE COM CONDIÇÕES FINANCEIRAS INSUFICIENTES. DEVER DO ESTADO DE CUSTEAR A CIRURGIA E OS TRATAMENTOS COADJUVANTES. 1. Segundo o art. 196, da CF/88: 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. 2. Independentemente de o Estado ter ou não dotação orçamentária para assegurar, satisfatoriamente, os direitos sociais previstos na Constituição Federal, é dever do Poder Judiciário garantir a

É fundamental notar que o Distrito Federal alegou falta de dotação orçamentária para realizar a maioria das solicitações judiciais. Todavia, tais solicitações deveriam ter sido resolvidas na seara administrativa, e não chegaram ao Poder Judiciário, tendo em vista que a Secretaria de Saúde do Distrito Federal possuía excesso do material judicializado em seus estoques.

Esse caso é um típico exemplo de que nem sempre o problema está na falta de políticas públicas, mas sim na má-gestão destas pelo Estado, que perfaz-se como fato gerador de processos de judicialização de políticas públicas de saúde.

Na auditoria feita pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal no caso “A Máfia das Próteses”, buscou-se esclarecer três questões específicas acerca da aquisição das próteses, órteses e materiais auxiliares: “1. A aquisição de OPMEs observa a legislação atinente às contratações públicas? 2. Há controle no financiamento e na distribuição de OPMEs? 3. A SES/DF efetua o controle e o levantamento das necessidades da população em OPM?” (Brasília, 2023, p. 7)

Veja-se que os quesitos acima descritos são requisitos básicos para o sucesso da implementação de uma política pública, que deve avaliar, essencialmente, sua adequação à legislação, os critérios de seu financiamento e a real necessidade da população que será atingida por aquela política em relação ao que será implementado.

No caso em comento, todavia, a Corte de Contas chegou à conclusão de que nenhum desses requisitos básicos foi observado pelo Distrito Federal:

No tocante à primeira questão, foi constatado que a Gerência de Órtese e Prótese – GEOP da SES/DF não observa a legislação atinente às contratações públicas para aquisição de OPMEs. A ausência de justificativas para os quantitativos incluídos em atas de registro de preço, verificada na maioria dos processos analisados, viabiliza aquisições excessivas de determinadas OPMEs e insuficientes de outras.

Apurou-se a ocorrência de frustração e fraude do caráter competitivo de procedimentos licitatórios, o que traz consigo o risco de contratações menos vantajosas para a Administração Pública. Constatou-se, ainda, que servidores da SES/DF não tomam providências em face de licitantes que não honram suas propostas em pregões eletrônicos.

As execuções das atas de registro de preços das OPMEs, por sua vez,

---

aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente. 3. Comprovada a necessidade de a autora ser submetida à cirurgia de artroscopia de ombro, incumbe ao Estado providenciar, às suas expensas, os recursos necessários para a recuperação da paciente. 4. Remessa oficial improvida”. (TJDFT; Acórdão nº 852093; Relator: Arnaldo Camanho; julgado em 25/02/2015).

são realizadas sem vinculação com o consumo médio registrado, o que causa deficiências no atendimento à população, dentre outras consequências.

Ademais, foram diagnosticadas falhas na realização de pesquisa de preços, para a qual não é utilizado um procedimento uniforme, tendo como efeito o risco de aquisições de OPMEs com preços superiores ao do mercado. Foram encontradas, ainda, irregularidades na adesão à ata de registro de preços nº 002/2012 da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro, dentre elas, falhas na pesquisa de preços e consequente ausência de comprovação da vantajosidade da adesão, injustificada dilação de prazo para entrega de materiais alegadamente urgentes e ausência de comprovação de adequação dos quantitativos adquiridos ao consumo estimado.

Em relação à segunda questão, verificou-se que a SES/DF não fatura a totalidade das despesas relativas a OPMEs para o Ministério da Saúde, o que pode implicar uma menor disponibilidade financeira para a Média e Alta Complexidade em Saúde no Distrito Federal. (...)

Detectou-se, também, a impossibilidade de rastreamento das OPMEs fornecidas pela SES/DF, isto é, não é possível acompanhar a OPME de sua entrada na Farmácia Central até sua implantação ou utilização no paciente, o que, além de importante para o controle dos recursos públicos envolvidos, é imprescindível para a segurança dos destinatários.

Quanto à terceira questão, apurou-se que a SES/DF não consegue atender ou mesmo quantificar a demanda de OPMEs na Rede de Saúde. A concentração de atribuições na figura do Coordenador de área dificulta o controle. Ademais, a ausência de um planejamento formal, o volume de judicializações, a não utilização de itens adquiridos por determinação judicial, a falta de interação entre os sistemas informatizados, dentre outros, demonstram a deficiência na gestão governamental quanto à política de fornecimento de OPMEs.

Note-se que a sucessão de erros grotescos na gestão da aquisição de próteses, órteses e materiais auxiliares culminou em graves prejuízos aos cofres públicos. É importante notar, ainda, que o relatório supramencionado revela que, além do material excedente disponível no estoque do Distrito Federal, havia também material comprado de forma absolutamente desnecessária por ordem judicial, *que também não eram utilizados*.

Isso significa dizer que o cidadão estava judicializando aquilo que já existia na Secretaria de Saúde e, portanto, deveria ter sido resolvido na seara administrativa, e não o foi por completa desorganização administrativa e falta de transparência e canais de comunicação adequados e de fácil acesso entre a Administração e o cidadão.

Além disso, em razão de grave falha de comunicação interna, o governo estava comprando material que já possuía (aos montes), esvaziando os cofres públicos de forma absolutamente desnecessária.

Outra falha bastante comum de ser observada na gestão de políticas públicas

diz respeito à ausência de transparência e desorganização da comunicação interna entre os órgãos da Administração Pública.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, ainda no caso “A Máfia das Próteses”, constatou que o Distrito Federal possui um sistema informatizado de controle de estoque e distribuição de medicamentos, insumos e materiais, chamado “Alphalinc”. Todavia, na maioria dos hospitais distritais visitados pelos auditores, bem como na Farmácia Central do DF, ficou demonstrado que o referido sistema, que deve ser alimentado manualmente, era ignorado na maioria das instituições, de forma que o sistema que deveria controlar as necessidades de compras do Estado estava continha informações totalmente equivocadas, “o que já seria suficiente para afetar toda e qualquer ação de planejamento daquela Secretaria de Estado” (Costa, 2021, p. 181).

Segundo dados do Tribunal de Contas do Distrito Federal, apenas a falta de controle e a ineficiência no uso das ferramentas de organização à disposição dos servidores acarretou prejuízos descomunais aos cofres públicos.

Verificou-se, apenas na Farmácia Central do Estado, de uma amostra de 83 itens fiscalizados pela Corte de Contas, que havia 18 inconsistências que totalizavam um prejuízo de R\$ 304.869,84 (trezentos e quatro mil, oitocentos e sessenta e nove reais e oitenta e quatro centavos) aos cofres públicos:

**Tabela 01:** Conferência de Estoque – Farmácia Central<sup>63</sup>

Item	Quantidade registrada no Alphasinc	Quantidade em estoque	Diferença	Custo Médio Unitário	Valor Total
23328	52	50	2	R\$ 387,00	R\$ 774,00
25983	10	0	10	R\$ 1.990,00	R\$ 19.900,00
25984	200	182	18	R\$ 1.650,00	R\$ 29.700,00
26006	26	24	2	R\$ 3.940,00	R\$ 7.880,00
26009	324	72	252	R\$ 41,00	R\$ 10.332,00
27158	42	40	2	R\$ 5.215,00	R\$ 10.430,00
28864	0	10	10	R\$ 15.719,00	R\$ 0,00
30042	4	0	4	R\$ 7.125,00	R\$ 28.500,00
30144	5	0	5	R\$ 1.509,45	R\$ 7.547,25
30149	30	10	20	R\$ 1.579,00	R\$ 31.580,00
30156	67	16	51	R\$ 750,79	R\$ 38.290,29
30157	30	10	20	R\$ 1.557,73	R\$ 31.154,60
30161	5	0	5	R\$ 2.006,06	R\$ 10.030,30
30169	80	45	35	R\$ 360,08	R\$ 12.602,80
30170	130	65	65	R\$ 420,00	R\$ 27.300,00
30173	316	320	4	R\$ 252,30	R\$ 0,00
30174	60	40	20	R\$ 442,43	R\$ 8.848,60
30394	10	9	1	R\$ 30.000,00	R\$ 30.000,00
<b>Total</b>					<b>R\$ 304.869,84</b>

Fonte: Brasília, 2015.

Note, por exemplo, que consta, no sistema informatizado, um total de 324 unidades na Farmácia Central do item descrito com o código 26009, quando, na realidade, só havia 72 unidades deste item em estoque. Ou seja, com base nos dados fornecidos pelo sistema, não haveria razão, a princípio, para que a Secretaria de Saúde do Distrito Federal realizasse novas compras desse produto.

Em razão dessas falhas, o estoque real não corresponde ao registrado no sistema, o que dificulta o planejamento de novas aquisições, o levantamento de demandas, o atendimento a ordens judiciais e, principalmente, o controle do uso do dinheiro público investido em OPMEs.<sup>64</sup>

Ao analisarmos o item descrito com o código 28864, cujo valor unitário é bastante expressivo, podemos constatar que o sistema informa que não há nenhuma unidade deste item em estoque, quando, na realidade, existem 10 unidades no estoque na Farmácia Central. Portanto, com base nos dados fornecidos pelo sistema informatizado, haveria a necessidade urgente de se realizar processo licitatório para

<sup>63</sup> BRASÍLIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Auditoria de Regularidade nº 3848/2015**. Relatório Final. 2015. Disponível em: <https://etcdf.tc.df.gov.br/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nproc=3848&anoproc=2015>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 103.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 104.

a compra de tal item. Frise-se que, diante da falsa informação de ausência do referido item em estoque, se um usuário do sistema público de saúde fosse pleiteá-lo ao Estado, certamente teria seu pedido negado diante da ausência de tal item no estoque da Farmácia Central, o que, muito provavelmente, resultaria em mais um processo desnecessário de judicialização da saúde.

Em um hospital integrante da rede pública do Distrito Federal, localizado na cidade de Paranoá, que, em 2015, possuía apenas 48.020 habitantes<sup>65</sup>, a desorganização com o uso e estocagem de materiais cirúrgicos resultaram em um prejuízo de exorbitantes R\$ 1.536.664,54 (um milhão quinhentos e trinta e seis mil seiscentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e quatro centavos), conforme apurado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal:

---

<sup>65</sup> Dados da Companhia de Planejamento. Disponível em: <https://www.codeplan.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/02/Resumo-PDAD-Parano%C3%A1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2023.

**Tabela 02:** Conferência de transferências – Centro Cirúrgico do HRPa<sup>66</sup>

Item	Quantidade registrada no Alphalink	Quantidade em estoque	Diferença	Custo Médio Unitário	Custo Total
8527	12	4	8	R\$ 574,58	R\$ 4.596,64
21907	5	0	5	R\$ 27.800,00	R\$ 139.000,00
22657	7	0	7	R\$ 11.300,00	R\$ 79.100,00
23316	12	6	6	R\$ 760,00	R\$ 4.560,00
25989	12	0	12	R\$ 1.300,00	R\$ 15.600,00
26001	14	6	8	R\$ 1.331,76	R\$ 10.654,08
29922	16	0	16	R\$ 17.800,00	R\$ 284.800,00
29923	8	0	8	R\$ 31.100,00	R\$ 248.800,00
30028	2	0	2	R\$ 7.413,02	R\$ 14.826,04
30029	2	0	2	R\$ 6.876,56	R\$ 13.753,12
30030	2	0	2	R\$ 4.499,09	R\$ 8.998,18
30032	1	0	1	R\$ 4.473,33	R\$ 4.473,33
30033	1	0	1	R\$ 4.464,16	R\$ 4.464,16
30034	1	0	1	R\$ 4.400,00	R\$ 4.400,00
30125	9	6	3	R\$ 1.830,00	R\$ 5.490,00
30157	1	0	1	R\$ 1.557,73	R\$ 1.557,73
30223	9	0	9	R\$ 3.855,42	R\$ 34.698,78
30232	8	0	8	R\$ 4.650,38	R\$ 37.203,04
30236	20	0	20	R\$ 4.496,74	R\$ 89.934,80
30238	13	0	13	R\$ 4.169,37	R\$ 54.201,81
30240	51	0	51	R\$ 544,61	R\$ 27.775,11
30245	14	0	14	R\$ 2.274,72	R\$ 31.846,08
30249	6	0	6	R\$ 4.167,77	R\$ 25.006,62
30250	6	0	6	R\$ 5.790,22	R\$ 34.741,32
30268	64	0	64	R\$ 1.470,00	R\$ 94.080,00
30269	64	0	64	R\$ 1.399,00	R\$ 89.536,00
30270	32	0	32	R\$ 1.399,00	R\$ 44.768,00
30271	30	0	30	R\$ 1.599,99	R\$ 47.999,70
30273	35	0	35	R\$ 2.280,00	R\$ 79.800,00
<b>Total</b>					<b>R\$ 1.536.664,54</b>

Fonte: Brasília, 2015.

É necessário frisar que situações como essa não são localizadas; do contrário, podem ser verificadas no país todo.

A título de exemplo, um bom caso a ser citado pôde ser verificado no Estado de Pernambuco, em 2014, em que a Controladoria Geral da União (CGU) denunciou que, apenas nesse estado da federação, foram descartados quase 16 milhões de reais em medicamentos vencidos, que não foram distribuídos por falhas grotescas na gestão pública, ainda que houvesse cidadãos nas filas de espera do Sistema Único de Saúde necessitando de tais medicamentos.

<sup>66</sup> BRASÍLIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Auditoria de Regularidade nº 3848/2015**. Relatório Final. 2015. Disponível em: <https://etcdf.tc.df.gov.br/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nproc=3848&anoproc=2015>. Acesso em: 29 jul. 2023. p. 112.

Nesse caso, da fiscalização de um só posto de saúde, a CGU constatou:

A equipe de fiscalização da CGU/PE realizou, em 22/9/2014, visita ao Centro de Distribuição, localizado na Rodovia Empresário João Filho, Muribeca - Jaboatão dos Guararapes/PE, Condomínio Industrial AJAM, Bloco D, no qual realizou a inspeção física de 15 lotes de medicamentos. Após a inspeção física, a equipe de fiscalização verificou que em 3 lotes houve o descarte de medicamentos por estarem vencidos e 1 por avaria, são eles:

MEDICAMENTO	LOTE	MOTIVO DO DESCARTE	QUANTIDADE
Travoprostá – 0,04 MG/ML, Frasco 2,5 ml	45532	Vencido	85
Bimatoprostá – 0,3 MG/ML, Frasco	21095	Vencido	204
Bimatoprostá – 0,3 MG/ML, Frasco	24561	Vencido	1609
Galantamina, Bromidrato – 8MG, Capsula de Liberação	45011	Avaria	3

Fonte: BRASIL, Controladoria Geral da União, 2017.

Um ponto crucial a ser destacado no caso de Pernambuco é que, verificada a hipótese de medicamentos que se encontravam próximos à data de vencimento, bastava que o poder público comunicasse à indústria farmacêutica em tempo hábil, para substituí-los, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei Estadual nº 13.065, de julho de 2006<sup>67</sup>, o que torna ainda mais grosseira a falha da administração pública, que permitiu a perda desses medicamentos.

O descompasso na execução das políticas públicas de saúde, que acaba por gerar judicializações extremamente desnecessárias, é um problema que está longe de ser solucionado.

Segundo levantamento feito em 2023 pela Comissão de Fiscalização

<sup>67</sup> “Art. 2º As farmácias, drogarias e postos de medicamentos informarão, por escrito, à indústria farmacêutica ou distribuidor que forneceu o medicamento ou insumo, a lista de produtos, e suas respectivas quantidades, com a identificação do respectivo lote de fabricação e origem, até vinte dias antes do vencimento dos medicamentos. §1º A indústria farmacêutica ou distribuidor providenciará o recolhimento dos produtos no prazo máximo de quinze dias, depois de recebida a informação, dando-lhes a destinação determinada pela legislação federal pertinente, devendo, ainda, substituí-los por outros idênticos e em condições de uso.” (LEI Nº 13.065, DE 05 DE JULHO DE 2006. Dispõe sobre a substituição e destinação de medicamentos cujos prazos de validade expirem em poder das farmácias e adota outras providências. Disponível em: [https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis\\_Tributarias/2006/Lei13065\\_2006.htm#:~:text=%C2%A71%C2%B0%2A%20ind%C3%BAstria,e%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20uso](https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2006/Lei13065_2006.htm#:~:text=%C2%A71%C2%B0%2A%20ind%C3%BAstria,e%20em%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20uso). Acesso em: 29 jul. 2023.

Financeira e Controle da Câmara dos Deputados, foram descartados mais de 2 bilhões de reais em insumos comprados pelo Ministério da Saúde nos últimos quatro anos em razão da não utilização desses insumos dentro do prazo de validade.<sup>68</sup>

Segundo o relatório, desde 2019, um montante de 2,2 bilhões de reais em insumos (inclusive medicamentos e vacinas) foram incinerados por estarem fora do prazo de validade, em que pesem as intermináveis filas no SUS para a obtenção, principalmente, de medicamentos.

Em vistoria ao almoxarifado central do Ministério da Saúde, em Guarulhos/SP, responsável pela armazenagem e distribuição de grande parte dos recursos de saúde do SUS, foram descobertos outros 75 milhões de itens que iriam vencer nos 3 meses seguintes.

O relatório concluiu que é evidente a falta de organização e articulação entre os processos de compras e logística e as necessidades da população.

Em entrevista concedida ao *Jornal da Globo*, o deputado Daniel Soranz (PSD-RJ), que assinou o relatório, afirmou:

Com esse recurso que foi perdido, que foi desperdiçado, seria possível construir um novo Inca, seria possível reformar todas as unidades federais do Brasil. Mas, infelizmente, por falta de gestão, ele foi queimado. Para que a gente não tenha cenas como essa se repetindo, é muito importante que o Ministério da Saúde reestruture o seu projeto de logística, reestruture como distribui medicamentos e vacinas no Brasil, para que os erros do passado não sejam repetidos no futuro.<sup>69</sup>

A mesma comissão realizou vistorias em hospitais federais do Rio de Janeiro e alegou ter encontrado outras diversas irregularidades, como setores inteiros abandonados, prédios fechados, falta de médicos e prédios sem tratamento de esgoto.

O relatório propôs 14 medidas para evitar novas perdas no almoxarifado, dentre elas:

a distribuição direta desses insumos para municípios acima de dois milhões de habitantes; a proibição de qualquer tipo de compra sem apresentação prévia de plano de distribuição; a reestruturação da

---

<sup>68</sup> Exclusivo: relatório mostra desperdício bilionário de insumos no Ministério da Saúde desde 2019. **Jornal da Globo**, 18 de abril de 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2023/04/18/exclusivo-relatorio-mostra-desperdicio-bilionario-de-insumos-no-ministerio-da-saude-desde-2019.ghtml>. Acesso em: 30 jul. 2023.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

logística, evitando que medicamentos e insumos realizem o mesmo percurso entre produção, armazenamento e distribuição para evitar gastos com transporte e impostos; e avaliar abertura de sindicância para apuração de possível dolo nos R\$ 2,2 bilhões perdidos em insumos. (Abdala, 2019)

Em 2021, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou acompanhamento das atividades do Ministério da Saúde sobre o monitoramento e avaliação do desempenho da atenção especializada, com ênfase em unidades hospitalares, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), com o objetivo de delimitar os riscos e oportunidades referentes às atividades de monitoramento e avaliação da eficiência e da qualidade (desempenho) dos hospitais financiados pelo SUS. Nessa oportunidade, a Corte de Contas constatou uma eficiência média dos hospitais públicos de apenas 28%, com um desperdício de recursos estimado em R\$ 13 bilhões ao ano (TCU, 2021).

Em 2019, a Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados apresentou relatório final da Proposta de Fiscalização e Controle nº 86, de 2016, cujo objeto era a realização de fiscalização e auditoria nos repasses integrais e aplicação dos recursos provenientes do Sistema Único de Saúde (SUS) ao Município de Uberlândia, bem como nos repasses integrais e aplicação dos recursos do Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF), do Sistema Único de Saúde (SUS/Incentivo à Contratualização e do Programa Interministerial de Reforço à Manutenção dos Hospitais Federais ao Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia (HC-UFU)<sup>70</sup>.

No referido relatório, a Corte de Contas apontou:

Conforme apontado no Relatório Prévio aprovado, o Hospital e a Maternidade Municipal e o Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia (HC-UFU), ambos em Uberlândia, Minas Gerais, havia, à época (junho de 2016), suspenso o atendimento público de saúde. Relatou-se, ainda, que havia atrasos nos repasses de recursos federais, estaduais e municipais para manutenção de serviços de saúde na cidade, os quais, para o Hospital e a Maternidade Municipal, já somavam quase R\$ 30 milhões e se arrastavam desde 2015. No caso do Hospital de Clínicas, apontou-se que a instituição vivia com um déficit médio superior a R\$ 1 milhão ao mês e suas dívidas somavam R\$ 50 milhões, além dos atrasos nos repasses no

---

<sup>70</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de fiscalização financeira e controle – cffc. Proposta de fiscalização e controle nº 86, DE 2016. **Relatório Final**. Brasília, 03 de julho de 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1773448](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1773448). Acesso em: 30 jul. 2023.

valor de R\$ 16 milhões. [...]

Dentre as irregularidades identificadas, merece destaque o atraso no repasse de recursos de saúde para o município de Uberlândia e para o Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia, por parte do Governo do Estado de Minas Gerais, sob a justificativa de calamidade pública de ordem financeira. De acordo com informações colhidas durante a fiscalização, o estado de Minas Gerais não teria repassado mais de R\$ 50 milhões, referentes a 2016 e 2017, o que acabou ensejando o ajuizamento de ação civil pública pelo município. Além disso, o Estado deixou de repassar à Faepu quase R\$ 12 milhões, referentes ao Hospital de Clínicas, no período de 2015 a 2017.

Também se verificou atraso no repasse de recursos do SUS para a UFU por parte da União, mas não foram especificados valores.

Demais dessas irregularidades, a fiscalização identificou os seguintes problemas:

- deficiência na prestação de serviços de saúde no município, consubstanciada no atendimento precário aos pacientes, na lotação excessiva nas unidades de pronto socorro e na atuação das unidades de atendimento como se fossem hospitais, com prolongadas internações de pacientes;
- necessidade de melhorias no Conselho Municipal de Saúde;
- judicialização da saúde com interferência no sistema de filas e demandas, bem como bloqueios financeiros de contas bancárias de outras áreas de atuação do município;
- endividamento da Faepu para cobrir os recorrentes déficits orçamentários; deficiência de controle sobre os recursos do Hospital de Clínicas da Universidade Federal de Uberlândia;
- vícios de construção [em uma das UPAs visitadas] que, embora concluída, não se encontra em funcionamento, em razão da necessidade de correção das falhas construtivas; e
- ocupação da presidência do Conselho Estadual de Saúde pelo Secretário de Estado de Saúde, o que afronta o princípio da imparcialidade, pois não deveria o gestor ser presidente do órgão cuja função é fiscalizá-lo. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019, p. 1-3)

É importante apontar, ainda, que a má-gestão pública, que impacta negativamente na saúde da população, não se limita apenas às políticas públicas de saúde propriamente ditas. Segundo dados do Instituto Trata Brasil, “a falta de acesso à água potável impacta quase 35 milhões de pessoas e cerca de 100 milhões de brasileiros não possuem acesso à coleta de esgoto, refletindo em problemas na saúde da população que diariamente sofrem, hospitalizadas por doenças de veiculação hídrica”.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> INSTITUTO TRATA BRASIL; GO Associados. Desigualdade de três dígitos: Ranking do Saneamento 2023 destaca que o tratamento de esgoto é 340% maior nos 20 municípios mais bem colocados do que nos 20 piores do Brasil. 15ª edição do Ranking do Saneamento, 2023. Disponível em <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2023/03/Press-release-ATUALIZADO-Ranking-do-Saneamento-2023-2.pdf>. Acesso em 30 jul. 2023. p. 1.

Segundo Luana Siewert Pretto, Presidente-Executiva do Instituto Trata Brasil, a carga poluente de esgoto não tratado, no Brasil, despejado irregularmente nos rios, mares e lagos (quase 2 milhões de piscinas olímpicas por ano) impacta negativamente a saúde da população.<sup>72</sup>

Veja que centenas de casos de hospitalização – que sobrecarregam o sistema público de saúde e, quando não atendidos, muito provavelmente se convertem em judicialização da saúde – poderiam ser evitados com o aumento da cobertura e com a qualidade dos serviços de saneamento.<sup>73-74</sup>

Resta evidente que a Administração Pública não vem cumprindo a contento com a responsabilidade de atuação positiva na busca da satisfação e efetivação do direito à saúde com vistas à garantia da dignidade humana e da igualdade material, o que faz com que seja crescente a quantidade de demandas levadas à apreciação do Poder Judiciário, com o objetivo de se obter medicamentos, insumos e serviços de saúde essenciais à manutenção da vida e da dignidade.

Note-se que, muitas vezes, o problema não está na falta de uma política pública, mas na gestão desastrosa dos seus processos de implementação e execução, o que acaba por gerar processos judiciais totalmente desnecessários, que poderiam ser evitados com a melhoria da gestão das políticas existentes.

Como bem apontou André Luiz Batista da Costa:

Enquanto o Estado Brasileiro não se atentar para o fato de que seus processos de gestão precisam ser melhorados, o combate à judicialização de políticas públicas no Brasil continuará fadado ao insucesso, pois não adianta criar regras para orientar e conscientizar juízes e cidadãos dos prejuízos causados pela judicialização, se o próprio Estado perde milhões de reais todos os anos só com processos ineficientes de gestão de políticas públicas, gerando, em muitos casos, escassez de recursos motivadora da ineficiência do Estado. (Costa, 2021, p. 193)

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>73</sup> Doenças Relacionadas ao Saneamento Ambiental Inadequado (DRSAI) provocaram cerca de 0,9% de todos os óbitos ocorridos no Brasil entre 2008 e 2019, sendo a Doença de Chagas e as diarreias as mais recorrentes. (GUIMARÃES, Carlos Alberto. Atlas de Saneamento especializa dados relacionados a meio ambiente e saúde. **Agência IBGE Notícias**. Editoria: Geociências, 24 de novembro de 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32304-atlas-de-saneamento-espacializa-dados-relacionados-a-meio-ambiente-e-saude#:~:text=Doen%C3%A7as%20Relacionadas%20ao%20Saneamento%20Ambienta,as%20diarreias%20as%20mais%20recorrentes>. Acesso em: 30 jul. 2023).

<sup>74</sup> Cumpre destacar que, mesmo após 3 anos da entrada em vigor do Novo Marco Legal do Saneamento, sancionado pela Lei 14.026, de 15 de julho de 2020, que atraiu investimentos para o setor, somente 51,20% do volume de esgoto gerado no país é tratado (Op. Cit. p. 1).

A falta de planejamento, de coordenação, de transparência e de comunicação que se verifica na gestão das políticas públicas de saúde, no país inteiro, resulta na ineficiência dos serviços de saúde que deveriam ser prestados ao cidadão, de forma que a judicialização da saúde surge como um sintoma da busca pela implementação desse direito fundamental.

Nesse contexto, não se pode esperar outra coisa do cidadão, senão que ele volte todas as suas forças à proteção de sua saúde e, não raras vezes, de sua vida, utilizando-se, para tais efeitos, de todos os meios que lhe forem possíveis, sendo o mais evidente deles a tutela jurisdicional.

Portanto, é necessária uma reorientação do debate acerca do combate à judicialização da saúde no país, voltado mais para a solução da fonte do problema (sendo a principal delas a má-gestão de políticas públicas) e menos para o seu efeito (o ajuizamento de milhares de ações judiciais discutindo o fornecimento de meios necessários para salvaguardar a saúde do jurisdicionado, concretizando finalmente seu direito fundamental).

Enquanto o enfoque do debate for o sintoma da doença, e não a causa, pouco se avançará em termos pragmáticos, isto é, na solução efetiva do excesso de judicialização da saúde.

#### ***6.2.1.1 A falácia do argumento de que a judicialização compromete a governabilidade das políticas públicas de saúde***

Em que pese a grave desorganização do Poder Executivo em alocar os recursos da saúde de maneira apropriada e gerir as políticas públicas em saúde com eficiência, parte da doutrina argumenta que a judicialização desorganiza a atividade administrativa e impede a alocação racional dos recursos públicos pela administração.

Esse argumento ecoou na comunidade do direito sanitário após ser levantado por Luís Roberto Barroso em parecer desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nas palavras do doutrinador:

Tais excessos e inconsistências [da judicialização da saúde] não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos

recursos públicos. [...] Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. (Barroso, 2009, p. 04)

Segundo essa narrativa, o Poder Judiciário estaria prejudicando a gestão da saúde no Brasil, uma vez que os tribunais estariam mobilizando indevidamente o orçamento da saúde das entidades governamentais. Tal afirmativa, contudo, não é demonstrada empiricamente (Revista de Estudos Internacionais, 2021, p. 231). O argumento de Barroso, replicado por doutrinadores críticos da judicialização da saúde, como Octávio Ferraz e Daniel Wang, é meramente especulativo.

Isso porque não existe, ainda, nenhum estudo sobre uma redução concreta de orçamento causada pela judicialização da saúde com a indicação sobre seu possível impacto em termos de perda de vidas humanas.<sup>75</sup>

Em contrapartida, há estimativas de que o custo da judicialização tenha atingido apenas cerca de 3% do orçamento total da saúde do país em 2016. (Ferraz, 2019, p. 2)

Esses dados provavelmente incluem bens e serviços já incorporados ao sistema de saúde e que deveriam ter sido fornecidos independentemente da atuação do Poder Judiciário.

Um estudo realizado por Vieira e Zucchi<sup>76</sup>, no estado de São Paulo, aponta que cerca de 62% dos medicamentos solicitados por meio de ação judicial já estão presentes em listas padronizadas do SUS, o que é um forte indicativo de que grande parte da busca por tratamentos de saúde se deve a falhas no fornecimento e na gestão de medicamentos no SUS.

Pedro Fortes assinala, oportunamente, que:

Como a literatura crítica não exclui o valor decorrente de decisões judiciais que obrigam o governo a cumprir a lei ou atos da própria administração pública, dá a impressão que os juízes estão se excedendo, quando não estão. Não deveria entrar na conta do Poder Judiciário como uma *mobilização do orçamento pelos juízes* uma decisão que manda cumprir uma obrigação determinada por outros poderes. (Revista Estudos Institucionais, 2021. p. 231)

Não se está a dizer, de toda forma, que os valores gastos com a judicialização

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 228.

<sup>76</sup> VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007. p. 214.

da saúde são irrelevantes. Reconhece-se, ainda, que existem eventuais sobrecargas, sobretudo em pequenos municípios. Todavia, a falta de coordenação entre os entes federados não pode ser atribuída ao Poder Judiciário.

Note-se que, muitas vezes, os Municípios pagam a conta por despesas que, nos termos da Lei nº 8080/90, são de competência da União ou dos Estados, e a ausência de harmonia e a falha de comunicação e coordenação entre os entes acaba por gerar judicialização absolutamente desnecessária, onerando Municípios de forma totalmente evitável.

O que se pretende pontuar é que vilanizar o Poder Judiciário pela catastrófica governança pública na área da saúde é errar o alvo em muito. E trata-se de discussão que, ao mudar o foco do principal impulsionador da judicialização da saúde (a má-gestão pública), em nada contribui na tentativa de se buscar soluções para reduzir as altas demandas de saúde no Judiciário.

A judicialização da saúde e, conseqüente, intervenção do Poder Judiciário para dar concretude a esse direito fundamental do cidadão é *consequência*, e não *causa*, da desorganização da gestão pública e da inadequada alocação dos recursos públicos.

Nesse contexto, a solução do problema não deve passar por mecanismos artificiais de restrição a garantias judiciais, mas sim pela abertura de vias institucionais mais coordenadas entre os entes federados e pela comunicação mais direta entre o usuário e o sistema de saúde, minimizando o papel do Poder Judiciário como via intermediária na concretização de políticas públicas.<sup>77</sup>

### **6.2.2 O subfinanciamento do SUS como causa para o aumento da judicialização da saúde**

Ainda nos debates da Constituinte que levaram à promulgação da Constituição Federal de 1988, o Movimento Sanitarista já encontrava sérias dificuldades em garantir o adequado financiamento da saúde pública.

Sob severas críticas do Movimento Sanitarista, ao fim das discussões, todo o sistema da saúde pública foi relegado à rubrica da previdência social, isto é, a Constituição não prevê uma rubrica própria à saúde, vinculando-a a uma rubrica que

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 232.

não lhe é própria e que já possui seus próprios problemas, sobretudo em tempos de crescimento do desemprego.

Ao discorrer sobre o tema, Thais Ferreira Rodrigues assevera:

Dentre os problemas encontrados na implementação do Sistema Único de Saúde, o seu subfinanciamento é um dos mais citados e encarado como o ponto frágil do sistema por aqueles que estudam a saúde pública brasileira. No projeto inicial apresentado à Constituinte, como já citado no capítulo anterior, haveria uma separação entre Saúde e Previdência, sendo que esta deveria encarregar-se do “seguro social” até que se formasse um orçamento próprio da saúde e destinar recursos do Inamps ao novo sistema que se formava. Porém, foi integrada à Seguridade Social para surpresa e contragosto do Movimento Sanitário, com o argumento de que seria reivindicado um orçamento para toda a Seguridade Social e a parte da saúde seria discutida ano a ano. Essa incorporação foi considerada por muitos um golpe, mas que não conseguiu ser rebatido devido às enormes discussões do grupo da saúde na Constituinte, que queria estabelecer fontes de financiamento e os papéis de cada esfera de governo nesse aspecto. Com falta de consenso e uma proposta consistente que pudesse contrapor os argumentos usados na anexação à Seguridade, os sanitaristas não tiveram outra opção a não ser aceitar as novas condições, tendo em vista também que a criação do SUS já estava atrasada e o Inamps extinto. (Rodrigues, 2016, p. 72)

Assim, com a promulgação da Carta de 1988, ficou estabelecido em seu artigo 198, §1º, que “[...] 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” (Brasil, 1988).

Conforme disposto no parágrafo segundo, incisos I a III, do referido dispositivo constitucional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, os seguintes percentuais mínimos: (i) a União aplicará no mínimo 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida (RCL) do respectivo exercício financeiro; (ii) os Estados e o Distrito Federal aplicarão o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 155 da CRFB/88, incisos I a III (ITBI, ICMS e IPVA) e o artigo 157 e 159, inciso I, alínea “a”, e inciso II, da CFRF/88, (Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza), deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios, e (iii) os Municípios e o Distrito Federal aplicarão o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 da CRFB/88 (IPTU, ITCMD e ISS) e dos recursos de que tratam os artigos 158 e 159, inciso I, alínea “b” e §3º, da CRFB/88 (Imposto sobre a

renda e proventos de qualquer natureza, ITR, IPVA, ICMS, IPI e CIDE).<sup>78</sup>

No entanto, essa forma de financiamento não se mostrou suficiente, de maneira que a “trajetória do financiamento do SUS revela as dificuldades que têm sido enfrentadas para garantir os recursos necessários à manutenção do sistema e para reduzir os chamados vazios assistenciais (*déficit* de oferta)” (Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, 2016, p. 13).

Assim, durante os anos 1990, o orçamento destinado à saúde era extremamente limitado, gerando crises no financiamento dos serviços de saúde e a necessidade de o Ministério da Saúde tomar empréstimos de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) para honrar despesas junto aos prestadores do SUS (Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, 2016, p. 13).

Todavia, a concretização do direito à saúde depende diretamente da adequada estruturação e financiamento do SUS.

Sobreveio a EC 29, de 2000, que trazia o conceito de oscilação do piso da saúde pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) anualmente, estabelecendo que a aplicação mínima da União em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) seria o montante aplicado no ano anterior corrigido pela variação nominal do PIB e, no caso dos estados e dos municípios, de 12% e 15%, respectivamente, da receita de impostos e transferências constitucionais e legais. (Brasil, 2000)

Segundo Sérgio Francisco Piola *et. al*, apesar de descumprimentos na aplicação mínima por alguns entes da federação, a regra de vinculação de recursos consignada na EC 29 de 2000 aumentou os recursos para o financiamento do SUS e estabilizou o gasto federal como percentual do PIB. (Piola, 2013, p. 13-18)

Todavia, mesmo com o aumento de recursos alocados aos SUS, em 2009 o gasto público em saúde ainda se encontrava em torno de 3,8% do Produto Interno Bruto (PIB)(*Ibidem*), percentual considerado demasiadamente insuficiente para fazer frente às necessidades do SUS, ressaltando-se que, em todo o período dos anos 2000, a União não se esforçou para alocar recursos para além da aplicação mínima.

Persistiram, portanto, os debates acerca do financiamento adequando das ações e serviços públicos de saúde (ASPS).

---

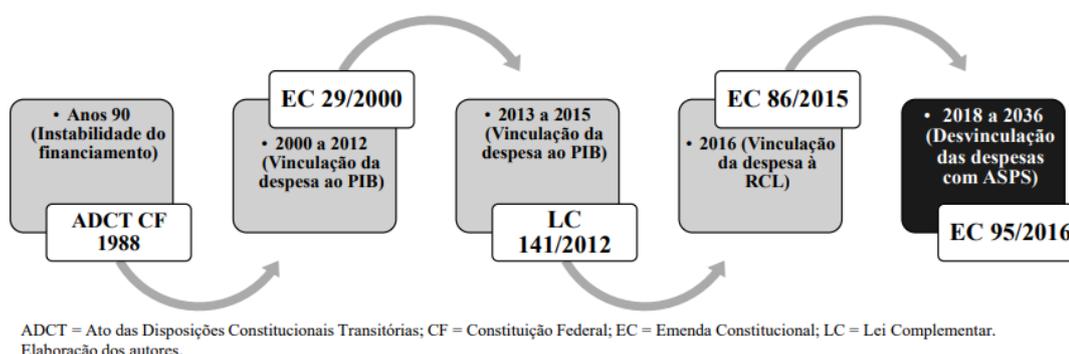
<sup>78</sup> *Ibidem*. 05 ago. 2023.

Foi aprovada, então, a EC 86/15<sup>79</sup>, que definiu a aplicação mínima da União com base em um percentual da receita corrente líquida (RCL), escalonado entre 2016 e 2020, estabelecendo os seguintes percentuais de aplicação mínima da União: 13,2% da RCL, em 2016; 13,7%, em 2017; 14,1%, em 2018; 14,5%, em 2019; e 15,0%, em 2020.

Note que a EC 86/15 manteve o piso da saúde *móvel* em relação ao desenvolvimento econômico do país, impedindo a redução dos valores reais aplicados à saúde.

Todavia, em razão da inclinação pró-mercado e da ideologia neoliberal do governo federal, inseriu-se no debate sobre o financiamento do SUS e a Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que vigora atualmente.

**Figura 01:** evolução da legislação referente ao financiamento do SUS de forma resumida



Fonte: Vieira, 2016, p. 16.

A EC 95/16 adicionou os artigos 106 a 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo um novo regime fiscal no âmbito dos orçamentos fiscais e da Seguridade Social da União, que estabeleceu tetos de financiamento para a saúde e educação por duas décadas, para que, a partir de 2017, a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) pelo governo federal seja calculada, corrigindo-se o limite mínimo do ano anterior pelo índice da inflação (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA<sup>80</sup>). Assim, por

<sup>79</sup> BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86**, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm). Acesso em: 05 ago. 2023.

<sup>80</sup> O IPCA tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias. (IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e

exemplo, no ano de 2018, o valor destinado à área da saúde seria igual ao valor aplicado no ano de 2017, corrigido pelo IPCA.

A EC 95/16 congelou as despesas primárias até 2036, desvinculando-os do crescimento econômico do país, com o objetivo de formar superávits primários para pagamento de juros e amortização da dívida pública, afetando diretamente o sistema de saúde, que já contava com três décadas de subfinanciamento.

Note que a EC 95/16 *imobilizou* o piso dos gastos em saúde por 20 anos, corrigindo um valor fixo (base 2017) pelo índice da inflação (IPCA) de cada ano, o que não acresce recursos, tampouco os repõe, uma vez que o IPCA não reflete a realidade socioeconômica do país e, conseqüentemente, a realidade dos custos da saúde no Brasil, agravando o subfinanciamento do SUS e obstando o oferecimento adequado das ações e serviços públicos em saúde.

O grande problema dessa nova forma de cálculo é que, ao estabelecer um fator de correção *fixo* (IPCA), com base no valor aplicado em 2017 como piso para os próximos 20 anos, não se leva em conta fatores sociais, demográficos, epidemiológicos, dentre outros. Isso porque o índice de correção da inflação jamais contemplará o crescimento populacional, os índices de longevidade<sup>81</sup>, os custos dos insumos, matérias, medicamentos, a incorporação de novas tecnologias de saúde, dentre outros.

Na prática, a consequência da aprovação da EC 95/16 é a degradação das

---

Estadística. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplio.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 05 ago. 2023).

<sup>81</sup> Um dos aspectos que mais pressionará o aumento dos gastos públicos com saúde é o envelhecimento populacional. Segundo dados do IBGE, “a população total do país foi estimada em 212,7 milhões em 2021, o que representa um aumento de 7,6% ante 2012. Nesse período, a parcela de pessoas com 60 anos ou mais saltou de 11,3% para 14,7% da população. Em números absolutos, esse grupo etário passou de 22,3 milhões para 31,2 milhões, crescendo 39,8% no período” (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Projeção da População 2018**: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. Agência IBGE Notícias, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34438-populacao-cresce-mas-numero-de-pessoas-com-menos-de-30-anos-cai-5-4-de-2012-a-2021>. Acesso em: 06 ago. 2023). O IBGE projeta, ainda, que em 2060, o percentual da população com 65 anos ou mais de idade chegará a 25,5% (58,2 milhões de idosos), enquanto em 2018 essa proporção era de 9,2% (19,2 milhões). (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021**. Agência IBGE Notícias, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. Acesso em: 06 ago. 2023). Essas mudanças na estrutura demográfica brasileira, com o acentuado aumento da população de idosos brasileira exigirão o aumento do gasto público com saúde.

condições de saúde da população, com o “congelamento” do piso federal, atualizado tão somente pela variação do IPCA, traduz-se em perdas significativas de recursos aplicados na saúde, caracterizando verdadeiro “desfinanciamento” do SUS.

Avaliando a regra de financiamento estabelecida pela EC 95/16, Vieira *et. al.* demonstraram que, em um cenário de crescimento da economia de 2% ao ano, a área da saúde perderia mais 400 bilhões de reais em investimentos no período de 20 anos. O que é inconcebível, sobretudo se considerando que a demanda por recursos em saúde só aumentará, pois a população continuará a crescer e envelhecer, aumentando o número de usuários do sistema, e as tecnologias em saúde, a farmacologia, os materiais e insumos médicos continuarão a se renovar e encarecer.

Nesse sentido:

Como a correção da inflação não tem o condão de acrescer recursos, tão pouco corrigir seu custo econômico em acordo à realidade do mercado da saúde, as perdas serão cumulativas pelas causas acima apontadas, somadas às necessidades da saúde não atendidas, ainda, pelo SUS, que sempre se mostrou insuficiente às necessidades das pessoas.

No ano de 2018, o valor percentual sobre a RCL foi de 13,9%, diminuindo em R\$ 4,2 bilhões (cálculo matemático) seu valor real em relação aos 15% da RCL. Somando a perda de 2018 com a de 2019, são R\$ 9,7 bilhões retirados da saúde em dois anos.

**2018:** R\$ 112.361 (EC 95) contra R\$ 120.802 (15% RCL)

**2019:** R\$ 117.293 (EC 95) contra R\$ 127.005 (15% RCL)<sup>82</sup>

Veja que, quando a EC 95/16 passou a vigorar, em 2017, os investimentos em serviços públicos de saúde representavam 15,77% da arrecadação da União (respeitando, portanto, os preceitos constitucionais). Já em 2019, os investimentos destinados à área corresponderam a 13,54%, percentual da arrecadação da União (Conselho Nacional de Saúde, 2016).<sup>83</sup>

Nesse sentido, com a EC 95/16, a saúde vem perdendo, anualmente, recursos significativos para enfrentar as demandas da sociedade, o que culmina em um *déficit*

<sup>82</sup> FUNCIA, Francisco R. SANTOS, Lenir. A Inconstitucionalidade da EC 95 nos pisos da saúde à luz da matemática. **Instituto de Direito Sanitário Aplicado**. Disponível em: <https://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-03-janeiro-2019?lang=pt>. Acesso em 02 abr. 2023.

<sup>83</sup> Ainda que não seja o objetivo da discussão, é forçoso apontar a patente inconstitucionalidade da EC 95/16, uma vez que, tendo alterado o piso mínimo da saúde, a cada ano o investimento no setor será inferior a 15% da RCL, em violação ao mandamento constitucional do artigo 198 da CRFB/18 e ao princípio da vedação ao retrocesso.

ainda maior na prestação de serviços de saúde pública, tornando a implantação de novos programas na área ou a concretização das políticas públicas de saúde já existentes ainda mais difíceis, situação que, seguramente, desemboca no Poder Judiciário, aumentando a judicialização da saúde.

Nesse cenário, Lenir Santos e Francisco Funcia alertam:

O sistema de saúde não está consolidado do ponto de vista de sua sustentabilidade financeira, pois ainda faltam medicamentos, atendimentos, consultas, exames na qualidade e suficiência necessárias para a população brasileira. Os tratamentos de câncer são demorados, impondo ao doente prazos de espera incompatíveis com as suas necessidades, violando-se a lei que exige tratamento a partir de 60 dias da confirmação do diagnóstico. Congela-se um sistema *insuficiente*, que ainda não cumpriu o mandamento constitucional de garantia do direito, dando origem a um sistema que poderá ser inoperante. (Funcia; Santos, p. 2019)

O cenário de subfinanciamento crônico do SUS é um dos fatores determinantes do constante aumento da judicialização de políticas públicas de saúde no Brasil, uma vez que obsta a manutenção ou a ampliação de políticas públicas concretizadoras da saúde, razão pela qual o enfrentamento da judicialização da saúde não pode deixar de considerar a necessidade urgente de se repensar o sistema de financiamento do SUS.

### **6.2.3 O mito da tese da judicialização pelas elites**

A literatura crítica da judicialização da saúde comumente argumenta que a judicialização aumenta a desigualdade na saúde. Esse argumento ficou conhecido pelo termo “tese da judicialização pelas elites”, alcunhado por Marcelo Medeiros e Débora Diniz. (Medeiros; Diniz; Schwartz, 2013)

O enredo se desenvolve mais ou menos assim: as elites brasileiras acionam seus bons advogados que conseguem do Poder Judiciário ordens de fornecimento de tratamentos de alto custo às expensas do SUS. Em contrapartida, o excesso de ordens judiciais para custeio de tratamentos de alto custo desorganiza a gestão e o orçamento do SUS, prejudicando os pobres que dependem dele.

João Biehl resume bem o argumento:

De acordo com essas narrativas, a judicialização é impulsionada por

elites urbanas em busca de medicamentos de alto custo que não fazem parte das listas governamentais. As pessoas que judicializam são retratadas como litigantes bem-sucedidos explorando a abrangência do direito constitucional à saúde do país, minando políticas de saúde pública e promovendo interesses do setor privado que limitam e esgotam o bom governo. (Revista de Cultura e Política, 2016, p. 80, tradução livre)<sup>84</sup>

Segundo esse raciocínio, que não encontra respaldo em bases empíricas consistentes, as ações judiciais que pleiteiam o fornecimento de tratamentos de saúde seriam responsáveis por tirar recursos da população mais pobre para beneficiar os que tem mais recursos, de forma que o Poder Judiciário estaria agindo como um “Robin Hood às avessas”.

Não são poucas as produções acadêmicas que encampam esse senso comum.<sup>85</sup>

Todavia, essa hipótese não retrata a realidade. João Biehl aponta que:

(...) a evidência para essas afirmações muitas vezes é obscurecida por argumentos ideológicos e limitada por amostras pequenas, cobertura geográfica limitada e exame de muito poucas variáveis. Ao longo dessas obras - que supostamente tratam de justiça e equidade - as demandas individuais são apresentadas como a antítese de uma suposta necessidade coletiva, e as pessoas reais - suas lutas em busca de saúde, esperanças e resultados - estão em lugar nenhum. (Tradução livre)<sup>86</sup>

Pesquisa atual e abrangente realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa

<sup>84</sup> BIEHL, J. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 77-105, 2016. p. 80. No original: “According to such narratives, judicialization is driven by urban elites seeking high-cost drugs that are not part of governmental formularies. People who judicialize are portrayed as well-off litigants exploiting the expansiveness of the country’s constitutional right-to-health, undermining public health policies and furthering private-sector interests that constrain and deplete good government”.

<sup>85</sup> Remete-se o leitor a: DUTRA, R.; CAMPOS, M. M. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. **Conexão Política**, Teresina, v. 2, n. 2, p. 11-47, ago./dez., 2013. FERRAZ, O. L. M. **The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?**. Health and human rights, p. 33-45, 2009. VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007. CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, p. 1839-1849, 2009. WANG, D. W. L.; FERRAZ, O. L. M. Reaching out to the needy? access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. **SUR-Int'l J. on Hum Rts.**, v. 10, p. 159, 2013.

<sup>86</sup> Op. Cit., p. 91. No original “[...] the evidence for these claims is too-often obscured by ideological arguments and constrained by small samples, limited geographic coverage, and examination of very few variables. Throughout these works – which are ostensibly concerned with fairness and equity –, individual demands are presented as the antithesis of a supposed collective need, and actual people – their health-seeking struggles, hopes, and outcomes – are nowhere to be found”.

(INSPER), ao analisar o perfil dos demandantes nas ações de judicialização da saúde, demonstra a presença de elementos que indicam hipossuficiência econômica do proponente da ação:

**Tabela 03:** Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por região (inclui apenas Tribunais de Justiça)<sup>87</sup>

	<b>REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA OU ADVOGADO DATIVO</b>	<b>JUSTIÇA GRATUITA</b>	<b>HIPOSSUFICIÊNCIA</b>	<b>INSUFICIÊNCIA DE RENDA</b>
Norte	13,1%	0,6%	27,7%	11,4%
Nordeste	7,9%	0,7%	18,8%	9,0%
Sudeste	7,7%	0,3%	23,7%	2,8%
Sul	31,7%	0,1%	18,9%	8,8%
Centro Oeste	11,4%	0,3%	15,9%	4,4%
Total	15,0%	0,3%	21,7%	5,1%

**Fonte:** Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 72.

**Tabela 04:** Indicadores de hipossuficiência econômica do autor da ação em acórdãos por tribunal<sup>88</sup>

	<b>REPRESENTAÇÃO PELA DEFENSORIA PÚBLICA OU ADVOGADO DATIVO</b>	<b>JUSTIÇA GRATUITA</b>	<b>HIPOSSUFICIÊNCIA</b>	<b>INSUFICIÊNCIA DE RENDA</b>
TJAC	1,8%	0,0%	15,4%	5,2%
TJAL	2,7%	0,1%	0,6%	0,4%
TJAM	9,2%	0,8%	21,5%	2,3%
TJBA	11,5%	0,3%	31,2%	2,0%
TJCE	7,9%	0,0%	7,9%	0,2%
TJDF	19,9%	0,7%	27,6%	10,3%
TJES	3,1%	0,0%	2,2%	0,1%
TJMG	21,4%	0,2%	28,3%	13,9%
TJMS	3,1%	0,0%	5,2%	0,6%
TJMT	40,6%	0,3%	46,1%	0,0%
TJPA	12,9%	0,7%	27,3%	11,7%
TJPB	10,8%	0,3%	31,6%	13,4%
TJPI	3,0%	0,0%	18,2%	15,2%
TJPR	0,1%	0,0%	1,2%	0,2%
TJRJ	32,4%	0,1%	36,4%	1,6%
TJRN	9,6%	2,0%	25,0%	18,1%
TJRO	20,5%	0,0%	50,0%	0,0%
TJRR	19,0%	0,0%	14,3%	14,3%
TJRS	40,7%	0,1%	22,4%	10,4%
TJSC	25,1%	3,9%	63,0%	32,8%
TJSP	6,0%	0,3%	23,1%	2,8%
TRF1	33,3%	0,0%	0,0%	0,0%
TRF4	4,9%	0,8%	12,8%	0,8%
TRF5	0,0%	0,0%	0,0%	0,0%
Total	14,0%	0,3%	20,8%	4,7%

**Fonte:** Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 73.

<sup>87</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil:** perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), 2019. p. 72.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 73.

Frise-se que os dados acima colacionados não fazem distinção entre judicialização contra planos de saúde e judicialização contra o SUS.

No que tange à judicialização contra o SUS, é imperioso destacar o papel crescente das Defensorias Públicas<sup>89</sup> que, mesmo com um orçamento limitado e sendo uma instituição de recentíssima criação<sup>90</sup>, tem mudado o cenário quanto à concretização de direitos fundamentais aos hipossuficientes, com destaque para o acesso à saúde através da judicialização. Apenas no âmbito do Distrito Federal:

A representação dos autores desses processos, em 95,4% dos casos, foi feita pela Defensoria Pública Distrital. Este dado chama a atenção para o grande protagonismo da Defensoria Pública na propositura dessas ações neste ente federado. [...] No Distrito Federal, o acesso à justiça para a obtenção de medicamentos, é permeado pela forte atuação da Defensoria Pública, que representa um ator fundamental para que a discussão sobre a judicialização da saúde se trave no DF de forma satisfatória. **Esse dado sugere que a demanda de medicamentos em face do Estado é feita pelas classes média e baixa da população do Distrito Federal.** (Delduque; Marques, 2011, p. 101, grifo nosso)

Os achados de pesquisas realizadas em outros estados brasileiros também apontam que a “tese da judicialização pelas elites” é apenas um mito e, como tal, não se amolda à realidade.

Pesquisa realizada em municípios do estado da Bahia, entre 2006 e 2010, aponta que, em 57% das ações, o demandante foi patrocinado pela Defensoria Pública ou pelo Ministério Público (Revista Baiana de Saúde Pública, 2013, p. 542). Em pesquisa empírica do perfil das ações de saúde, no estado do Rio Grande do Sul, entre 2002 e 2009, identificou-se que 58% dos litigantes estavam representados por defensores públicos (Revista de Cultura e Política, 2016, p. 92). Ressalte-se, ainda, pesquisa feita no estado de Minas Gerais, que revelou que 61,8% de litigantes estavam representados pela Defensoria Pública (Revista de Saúde Pública, 2012, p. 786).

Em contraposição à parcela da doutrina que alega que a judicialização da saúde acarreta *piora* nos serviços de saúde, os indicadores de saúde pública *melhoraram* significativamente no período de judicialização da saúde (que teve seu

---

<sup>89</sup> A Defensoria Pública está prevista no artigo 134 da Carta de 1988 e tem como papel fundamental prestar assistência jurídica aos hipossuficientes.

<sup>90</sup> Note que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por exemplo, foi criada apenas no ano de 2006 e passou a operar de forma consolidada apenas alguns anos depois.

boom de 2006 a 2017). Conforme dados empíricos de acesso à saúde, o percentual de cobertura em saúde da população aumentou de 46,8% em 2007 para 62,4% em 2017 (Machado; Silva, 2019, p. 1-12). Tal ampliação na universalização do atendimento sanitário foi acompanhada de melhorias em todos os indicadores de saúde. (Revista Estudos Institucionais, 2021, p. 234)

Nesse sentido, “o conjunto das pesquisas acadêmicas existentes permite afirmar que as classes populares não estão alijadas do acesso à justiça ou são vítimas da judicialização da saúde”. (Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018, p. 202)

Sublinhamos a pesquisa feita por João Biehl em *Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of health and metamorphosis of biopolitics*, discutindo a judicialização da saúde pública no Brasil. A pesquisa revela os desafios da população hipossuficiente e as lacunas no sistema de saúde pública, levando os cidadãos a buscar soluções através do sistema legal como última alternativa.

O estudo de Biehl foca na interseção entre saúde, direito e mudança social no Brasil, lançando luz sobre as complexidades e dinâmicas do acesso à saúde e o papel das ações legais na abordagem de questões sistêmicas. Destacam-se os seguintes pontos-chave revelados pela pesquisa (Revista de Cultura e Política, 2016, p. 77 a 105):

- a. **Demografia dos litigantes:** a maioria dos indivíduos que entram com processos judiciais buscando acesso a medicamentos são (i) pessoas do sexo feminino, (ii) idosos e (iii) pessoas residentes fora das principais áreas metropolitanas, o que demonstra a natureza generalizada do fenômeno;
- b. **Status econômico:** contrariando suposições comuns, muitos litigantes não são financeiramente bem-sucedidos. Uma parcela significativa é aposentada ou desempregada. Além disso, um número substancial de demandantes é representado pela Defensoria Pública, que assiste apenas pessoas comprovadamente hipossuficientes;
- c. **Medicamentos solicitados:** a maioria dos medicamentos solicitados faz parte de formulários de medicamentos fornecidos pelo governo e possuem protocolos terapêuticos definidos pelo Ministério da Saúde. Embora alguns demandantes solicitem medicamentos fora do formulário, a maioria busca medicamentos de baixo custo. O foco está em doenças crônicas como asma, hipertensão, colesterol e doenças mentais;

- d. **Impacto na política:** a pesquisa apontou que, em alguns casos, quando os litigantes solicitaram novas tecnologias ou medicamentos ainda não incluídos nas políticas oficiais, o Estado posteriormente incorporou esses pedidos em suas políticas. Isso sugere que a judicialização pode ser um mecanismo para lidar com lacunas no sistema de saúde.

Pedro Fortes também aponta para os efeitos positivos indiretos da judicialização da saúde, especialmente no que tange a medicamentos de alto custo, no sentido de que as demandas dessa natureza possibilitam a quebra de patentes e pressionam o governo para que haja maior agilidade na incorporação de novas tecnologias médicas, melhorando sua eficiência organizacional em razão do controle exercido pelo Poder Judiciário no âmbito da judicialização da saúde. (Revista Estudos Institucionais, 2021, p. 235)

Muitos dos críticos da judicialização da saúde falham em reconhecer que a litigância desse direito pode ser uma importante fonte de evidência prática das lacunas administrativas, mostrando ao administrador os caminhos para aperfeiçoar as políticas públicas de saúde.

Do exposto, depreende-se que a judicialização é o caminho encontrado pelo cidadão quando a Administração Pública é falha ou omissa, e que a judicialização, ao contrário do que encampam as narrativas predominantes, é, em verdade, um “processo a partir de baixo”<sup>91</sup>, decorrente de indivíduos de baixa renda e que dependem do Estado para sua representação legal.

In addressing a dysfunctional health system that fails to provide for their needs, poor patients face the option of exiting the public system (seeking private sector alternatives), or voicing concerns through cumbersome and slow political and participatory mechanisms like voting or community councils. Our study shows that through right-to-health litigation, some Brazilian citizens are finding new ways of concretizing voice (Hirschman, 1970) through a process of ‘entering justice’ acting as political subjects to hold the State accountable and exposing the Realpolitik of executive and legislative bodies.<sup>92</sup>

Nesse contexto, não é nada razoável esperar do jurisdicionado outra conduta que seja se socorrer do Poder Judiciário como última esperança de garantir sua

---

<sup>91</sup> *Op. Cit.*, p. 94. João Biehl usa o termo “judicialization from below”.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

saúde, sua dignidade e sua vida. Enquanto o Executivo e o Legislativo falham em garantir a saúde da população, é nas trincheiras do Judiciário que os direitos humanos universais e abstratos em ganhado concretude.

#### **6.2.4. Tartarugas até o fim: críticas à reserva do possível como tese genérica contra a concretização de direitos sociais**

Frederick Schauer, em sua consagrada obra “A Força do Direito”, apresenta-nos a lenda da tartaruga. Segundo conta o autor, em uma história apócrifa, um eminente cientista embarca em uma jornada por diversos países a fim de realizar palestras sobre as origens do planeta Terra e seu lugar no universo. (Schauer, 2022, p. 117)

Em uma das palestras, continua narrando Schauer, uma velhinha da plateia se levanta e diz ao palestrante que ele está equivocado, uma vez que, como todo mundo sabe, a Terra repousa sobre as costas de uma tartaruga gigante.

O cientista pergunta, então, o que estaria sustentando a tartaruga, ao que a velhinha responde, como se fosse óbvio, que a tartaruga está sentada em cima de outra tartaruga.

O cientista, pensando ser esperto, pergunta então o que estaria segurando *aquela* tartaruga. A velhinha, espantada com a ignorância do cientista, diz triunfante: “São tartarugas, tartarugas, tartarugas, até o final”.<sup>93</sup>

A lenda da tartaruga a que nos apresenta Schauer é surpreendentemente relevante para a discussão sobre a aplicação da teoria da reserva do possível no Brasil, sobretudo quando se trata da concretização de direitos fundamentais.

A teoria da reserva do possível teve sua origem no direito alemão, quando, em 1972, a expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pela Corte Constitucional Federal alemã no julgamento do famoso caso *numerus clausus*, que tinha como escopo uma possível violação ao direito fundamental de liberdade de escolha de profissão, garantida pelo art. 12, §1º, da Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã)<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Segundo esse dispositivo, “todos os alemães têm o direito de eleger livremente uma profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”. No original: *alle deutschen haben das recht, beruf, asbeitsplatz und ausbildungsstätte frei zu wählen*.

Em dois processos de controle concentrados, envolvendo o acesso de cidadãos ao estudo do curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas respectivas provocaram a Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade de determinadas regras legais estaduais que restringiam o acesso ao ensino superior (*numerus clausus*)<sup>95</sup>, com o art. 12, §1º, da Lei Fundamental.

Após enfrentar as questões suscitadas, através uma sucessão de exercícios de ponderação, a Corte Constitucional alemã concluiu que a regra do *numerus clausus*<sup>96</sup> era compatível com a Lei Fundamental.

Analisemos mais de perto algumas das considerações tecidas pela Corte Constitucional alemã na decisão de *Numerus Clausus BverfGE 33, S. 303*:

O problema de restrições absolutas distingue-se pelo fato de a capacidade existente não ser suficiente, para que cada titular, do direito de estudar, assumira uma vaga. Se a visão constitucional for limitar-se, de início, ao compartilhamento da capacidade existente, passará ao largo do núcleo das dificuldades. Enquanto em situações normais de outorga de participação social pelo Estado, através de cobertura financeira, as dificuldades da restrição dos meios existentes podem ser contornadas por um rearranjo; o *numerus clausus* absoluto conduz à gritante desigualdade de que parte dos candidatos recebe tudo, e a outra parte – pelo menos por um lapso mais ou menos longo,

---

<sup>95</sup> O §17 da Lei Universitária de Hamburg, de 25 de abril de 1969, por exemplo, determinava o seguinte: 1) A admissão para alguns cursos pode ser restringida, se e enquanto isso for necessário, em vista da capacidade de absorção da universidade, para garantir a regular realização de um curso na respectiva área do conhecimento. Antes da introdução de uma limitação da admissão, deve-se, sobretudo, avaliar, se e em que extensão a universidade pode tomar medidas, principalmente na área da reforma do ensino, que sejam adequadas a evitar uma restrição da admissão. 2) Limitações da admissão serão regulamentadas por leis de admissão, nas quais devem ser estabelecidas regras sobre a escolha e o número dos candidatos a serem admitidos. A cada seis meses deve ser verificado se ainda está presente a condição do parágrafo 1º. 3) Leis de admissão serão estatuídas pelo Senado (Conselho) Acadêmico, depois da oitiva dos departamentos interessados. (MARTINS, L. (Org.). Cinquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão: jurisprudência. Tradução de Beatriz Hennig *et al.* Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. In BITENCOURT, C. M. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 213-244, 2014. p. 216)

<sup>96</sup> No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, entretanto, não acompanhou estes números. Para que isso fosse necessário, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irreais se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60 cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós-guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema. (OLSEN, A. C. L. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (Universidade Federal do Paraná, 2006). p. 229/230. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

e de impacto decisivo para o resto da vida – nada. Se o número de rejeitados excede mais da metade do de candidatos, como no curso de medicina, o direito constitucionalmente protegido de aspirar a uma vaga é ameaçado de cair no vazio, em larga extensão. Por conta desses efeitos, não pode ser negado que o *numerus clausus* absoluto circula à margem do constitucionalmente aceitável. Como esses efeitos somente podem ser enfrentados por uma ampliação da capacidade, a pergunta que se apresenta é se, dos valores oriundos da decisão jufundamental, e da decisão de utilizar o monopólio do ensino, emerge uma exigência constitucional de prestação social pelo Estado, no sentido de prover suficiente capacidade de ensino para os diferentes cursos. Ainda que a resposta desta questão fosse afirmativa, não é necessário decidir aqui se, dessa exigência, pode ser deduzido, a partir de requisitos específicos, um inquestionável direito individual, de titularidade do cidadão, à obtenção de uma vaga universitária. Isso, porque conseqüências, no âmbito do Direito Constitucional, somente seriam possíveis, se houvesse evidente violação de tal exigência. Isso não pode ser determinado, no âmbito do curso de medicina: os direitos a prestações não têm suas prioridades delimitadas de antemão e em cada caso; submetendo-se à Reserva do Possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. Isso tem que ser julgado em primeira linha pelo legislador, sob sua própria responsabilidade, considerando na economia orçamentária outros interesses da comunidade, bem como a conta do equilíbrio econômico geral, conforme determinações expressas do artigo 109, parágrafo 2º GG. A ele cabe também a decisão sobre a envergadura e as prioridades da ampliação do ensino superior; sendo preciso atentar que a ampliação e a renovação do ensino superior, incluem-se entre as tarefas sociais atribuídas à cooperação entre União e Estados, para seu desempenho, conforme o artigo 91 “a” GG. [...] Uma eventual exigência constitucional não obriga a providenciar, para cada candidato em cada oportunidade, a vaga almejada, e assim tornar os complexos investimentos em educação superior exclusivamente dependentes da demanda individual, freqüentemente flutuante e influenciável por inúmeros fatores. Isso implicaria num entendimento errado quanto à liberdade, através do qual se desconhece que a liberdade pessoal não pode ser implementada a longo prazo, sem associação com a operacionalidade e o equilíbrio gerais, e que demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social. A Constituição - como a Corte Constitucional já pronunciou, salientando a conexão com o direito fundamental à liberdade de ação (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - decidiu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relacionabilidade e da conectividade da pessoa com a comunidade; o indivíduo deve, então, deixar baixarem as barreiras à sua liberdade de ação, que o legislador institui para o zelo e a promoção da vida comunitária dentro dos limites razoáveis, desde que a auto-suficiência da pessoa permaneça protegida. Estas considerações reclamam validade, primariamente, no âmbito da outorga estatal de participação. Aqui, o oferecimento de justiça social, que se concretiza na igualdade, seria diretamente contrariado, se meios públicos limitados, disponibilizados apenas através da negligência de outros interesses comunitários importantes, favorecessem uma parte privilegiada da população. Ao legislador também não pode ser negado orientar-se

pela urgente requisição de força de trabalho nas diversas profissões; ao passo que não vem sendo possível fazer coincidir a demanda individual e as exigências sociais, apenas por meio do aconselhamento estudantil. Uma vez lançados estes marcos, não se vislumbra nenhuma violação constitucional. A obrigação, para que se faça rapidamente o necessário, no âmbito do possível, não foi negada por nenhum dos responsáveis, nos órgãos estatais. No parágrafo 2º da Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores foi expressamente admitido, que à União e aos Estados está atribuído o cumprimento da tarefa social de “Ampliação e Construção de Escolas Superiores Científicas”, dirigida à obtenção de um sistema de universidades científicas conectado pelo direcionamento profissional, número, tamanho e localização, “através da oferta suficiente e equilibrada de vagas para ensino e pesquisa”. No que diz respeito ao cumprimento dessa obrigação, é visão comum que o presente estado de tensão não deve ser atribuído unicamente a dificuldades objetivas; mas também ao fato de que, à demanda, ampliada pela publicidade referente ao ensino, não corresponderam medidas de ampliação do Ensino Superior e de reforma de estudos. Todavia, já no passado uma parte considerável dos meios à disposição foi utilizada diretamente no desenvolvimento de complexos mecanismos de ensino de medicina. O pessoal científico nos centros de ensino médico dobrou entre 1960 e 1969. [...] Ademais, desde o reconhecimento das dificuldades, começaram intensos esforços para a sua superação, âmbito no qual o primeiro plano posterior à Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores deve ser referido em particular. Acrescente-se que para os Estados de Hamburgo e Bavária a porção do número total de estudantes de medicina é mais elevada que a porção do número total de habitantes da República. (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 230-231)

Note-se que não se tratava de o Estado destinar mais recursos para ampliar o número de vagas nas faculdades de medicina, mas de se exigir do Estado algo razoável. Nesse sentido, ao discorrer sobre a decisão ora posta em análise, Sarlet assevera que “[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (Sarlet, 1998, p. 261).

A questão central, portanto, não parece ter sido financeira, orçamentária, no sentido de escassez de recursos por parte do Estado alemão para concretizar determinada prestação, mas, antes de tudo, uma questão de razoabilidade com que a alocação de recursos poderia ser demandada, estabelecendo-se que um determinado interesse do cidadão só poderia ser exigido do Estado se observados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, sopesando-se a racionalidade de cada caso concreto, não podendo deixar de observar, por óbvio, o aspecto econômico

do Estado.

Caroline Müller Bittencourt resume bem a questão:

Logo, não se trata exclusivamente de uma reserva financeira, orçamentária, da disposição ou não dos recursos para prover o acesso ao ensino superior, trata-se do comprometimento do Estado com as pretensões dos sujeitos, em termos de limites possíveis. [...] Dito de outra forma: ainda que o Estado alemão dispusesse de recursos orçamentários disponíveis para a abertura de mais vagas nos cursos de medicina e odontologia, que atendessem à demanda de todos aqueles que desejem realizar esses cursos, sem prejudicar outros interesses da coletividade, ainda assim, seria viável, proporcional e razoável o cumprimento dessa exigência? Haveria interesse coletivo que inúmeros jovens cursassem medicina enquanto outros cursos e outras vagas profissionais não fossem preenchidas? Se a resposta for sim, parece que a questão orçamentária era salutar. No entanto, se a indagação a essa pergunta for negativa, o que nos parece, então a dimensão ultrapassa a esfera orçamentária e fala-se somente em um dever de proporcionalidade. (Bittencourt, 2014, p. 216)

É imperioso frisar ainda que, no caso ora discutido, a Corte alemã verificou que o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance para tornar o ensino superior acessível, inclusive mediante programas de expansão. Nesse sentido, exigir ainda mais do Estado, como um verdadeiro “plus”, para o fim de satisfação individual de cada cidadão, obrigando o Estado a comprometer outras políticas públicas ou programas sociais, não se mostrava razoável.

Todavia, a teoria da “reserva do possível”, desenvolvida no contexto constitucional alemão, foi importada de forma acrítica e bastante distorcida para o contexto brasileiro, transformando-se em um verdadeiro discurso de retrocesso e enfraquecimento da concretização de direitos fundamentais.

A esta altura, o leitor já deve ter percebido que nos colocamos sempre vigilantes, com atenção redobrada, quando se está diante de uma possibilidade de restrição de um direito fundamental.

Por essa razão, parece-nos imprescindível apontar os principais aspectos pelos quais se advoga pela impossibilidade de aplicação da teoria – que no Brasil tornou-se apenas retórica vazia – da reserva do possível no contexto constitucional brasileiro.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Apesar de o termo “princípio da reserva do possível” ter se tornado de uso comum no direito brasileiro, é necessário sublinhar que a reserva do possível não pode ser concebida como um princípio, ou como qualquer espécie normativa. Isso porque a reserva do possível não prescreve um determinado de coisas a ser atingido, e tampouco corresponde a um mandado de otimização. Em verdade, ao menos na forma como incorporada ao direito brasileiro, a reserva do possível só pode ser concebida como um simples argumento, uma retórica.

Pois bem.

No contexto alemão, não se pode perder de vista que, ao contrário do que acontece na Constituição Federal de 1988, a Lei Fundamental não traz em seu bojo previsões expressas de direitos fundamentais<sup>98</sup>, o que não significa que o Estado não persiga a realização desses direitos. Afinal, o Estado alemão se reconhece como verdadeiro Estado de Bem-Estar Social, sendo, portanto, pressuposta a realização de direitos fundamentais vinculados à dignidade da pessoa humana, o que parece funcionar na Alemanha.

[...] a tradição do pós-guerra inaugura, especialmente na Alemanha, face ao histórico da segunda guerra, uma vinculação maior dos poderes instituídos com a realização da dignidade, como expressa o art. 1º: “Todos os agentes da autoridade pública tem o dever absoluto de a respeitar e proteger”, o que permitiu o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais com relação à dimensão objetiva e subjetiva, a eficácia horizontal e vertical, o dever de máxima concretização, a proibição de não retrocesso social, entre outros temas.<sup>99</sup>

Ainda, diga-se que a Lei Fundamental alemã prevê, em seu art. 19º, a possibilidade de restrição a um direito fundamental, desde que preservado seu núcleo essencial. Note-se, aqui, mais um importante ponto distintivo com relação à dogmática dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.<sup>100</sup>

No Brasil, a teoria da reserva do possível passa a evoluir de forma sistematizada a partir da década de 2000, de forma absolutamente distorcida, como já dito. Isto porque a transferência do instituto se deu de forma acrítica e mecânica, sem se atentar para dois elementos centrais: o primeiro, em relação à abissal diferença de conteúdo das Cartas Políticas germânica e brasileira; o segundo, referente à distância social, formação política e econômica, também imensa, que separa a realidade desses países.<sup>101</sup>(Cunha, 2015, p. 99)

Assim, a teoria da reserva do possível aplicada no Brasil não tem seu foco na

---

<sup>98</sup> Para maior aprofundamento no tratamento dos direitos fundamentais pela Lei Fundamental alemã, remete-se o leitor a: BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. **Revista do Direito**, n. 28, p. 113-130, 2007.

<sup>99</sup> *Op. Cit.* p. 216.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>101</sup> CUNHA, J. R. A. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v.4, n.3. Brasília, 2015. p. 99.

*razoabilidade e na proporcionalidade para a garantia de direitos fundamentais, quando comprovado que o Estado já estava ou já tinha feito tudo o que estava ao seu alcance para tanto.*

No Brasil, a reserva do possível tem seu foco nos custos dos direitos, ganhando contornos ligados à (in)disponibilidade de recursos orçamentários por parte do Estado para garantir direitos fundamentais constitucionalmente positivados em favor do indivíduo e da coletividade, atuando como verdadeira restrição aos direitos fundamentais ao subordinar sua concretização à existência de “cofres cheios”.

Veja-se o seguinte trecho de Ana Paula Barcellos, que evidencia o viés econômico dado à teoria da reserva do possível no contexto brasileiro: “a expressão reserva do possível procura identificar o *fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis* diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas”<sup>102</sup> (Barcellos, 2011, p. 276, grifo nosso).

Nesse sentido, a reserva do possível tem sido invocada pelo Estado, em uma retórica vazia e desprovida de qualquer comprovação, como um limite fático “intransponível” diante de uma alegada “escassez de recursos” para a realização de direitos fundamentais.

Atento ao grave risco de restrição de direitos fundamentais decorrentes da retórica abasileirada da reserva do possível, Andreas Krell é enfático:

[...] a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.<sup>103</sup>(Krell, 2002, p. 54)

Note que, apesar de sua natureza social, a Constituição de 1988 surgiu em um contexto de crise do Estado Social e ascensão do neoliberalismo, de forma que as ideias neoliberais, que colocam os direitos fundamentais como um óbice para o crescimento econômico<sup>104</sup>, por considerá-los excessivamente onerosos para o

<sup>102</sup> BARCELLOS, A. P. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2011, p. 276.

<sup>103</sup> KRELL, A. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os [des]caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 54.

<sup>104</sup> Os neoliberais mais arraigados ao ideal do Estado mínimo acima de qualquer circunstância falham, todavia, em reconhecer que investimentos na área social não são “fundos perdidos”; do contrário, podem ser verdadeiros aliados do crescimento econômico. Tome-se como exemplo, na área da saúde, a criação e o fortalecimento do Complexo Econômico-Industrial da Saúde (CEIS), que mobiliza uma série de tecnologias relevantes para a inserção competitiva do Brasil na indústria farmacêutica global,

Estado, passaram a influenciar a estrutura jurídico-política-econômica brasileira a partir da década de 90.<sup>105</sup>

Esse é o ambiente fértil para que a reserva do possível, como tese que enfraquece a força normativa do texto constitucional, ganhe força como argumento frequentemente utilizado pelo Estado em processos judiciais envolvendo a cobrança, pelos cidadãos, de prestações previstas nas normas de direitos fundamentais sociais.

Canotilho chama a atenção para o fato de que

rapidamente se aderiu à construção 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. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. (Canotilho, 2002, p. 476-477)

---

tornando o país cada vez menos dependente da importação de medicamentos, fármacos, insumos e outras tecnologias em saúde. De forma simplificada, o CEIS configura-se como um sistema constituído por setores industriais que estabelecem relações institucionais, econômicas e políticas voltadas para a inovação e produção em saúde. Segundo Gadelha, o CEIS é constituído por três grupos de atividades: (i) indústrias de base química e biotecnológica, que produzem fármacos, medicamentos, vacinas, hemoderivados e reagentes para diagnóstico, com destaque do setor de medicamentos no mercado; (ii) indústrias de base mecânica, eletrônica e de materiais, que produzem equipamentos mecânicos e eletrônicos, próteses e órteses e material de consumo, com relevância da indústria de equipamentos pelo seu potencial de inovação e impacto nos serviços, ocasionando mudanças nas práticas assistenciais; e (iii) setores prestadores de serviços, constituídos por hospitais, ambulatórios e serviços de diagnose e terapia, os quais organizam a cadeia de suprimentos dos produtos industriais em saúde, articulando o consumo desses produtos nos espaços públicos e privados (GADELHA, C. A. G. O complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde. **Ciência & saúde coletiva**, v. 8, p. 521-535, 2003. p. 524/525). Ainda, segundo elucida o autor, “a área da saúde e o complexo industrial, que congrega os setores de atividade que dela fazem parte, aliam alto dinamismo industrial, elevado grau de inovação e interesse social marcante, sendo um campo central para a concepção de políticas industriais e tecnológicas articuladas com a política de saúde. A dicotomia entre uma visão sanitária do setor saúde e uma visão econômica não mais pode ser admitida porque tratar do segmento saúde significa, ao mesmo tempo, analisar um espaço de inovação e acumulação de capital (...)”. (*Ibidem*, p. 533). Partindo-se da premissa de que o setor da saúde constitui um *locus* essencial de desenvolvimento econômico, o Brasil tem procurado fortalecer o CEIS a partir de ações para expandir a produção nacional no âmbito da saúde (Brasil fortalece Complexo Econômico-Industrial da Saúde e anuncia ações para expandir a produção nacional. **OPAS Organização Pan-Americana da Saúde**. Brasília, 04 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/4-4-2023-brasil-fortalece-complexo-economico-industrial-da-saude-e-anuncia-acoes-para>. Acesso em: 08 set. 2023).

<sup>105</sup> “Todas estas mudanças acabaram por colocar o Estado brasileiro em uma posição esquizofrênica: por um lado, ele permanece vinculado aos objetivos de redução das desigualdades, e promoção dos direitos fundamentais sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, levando à inefetividade dos direitos fundamentais.” (OLSEN, A. C. L. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (Universidade Federal do Paraná, 2006). p. 190. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 02 set. 2023.

Sempre que arguida a tese da reserva possível, portanto, deve-se redobrar o cuidado na análise do caso concreto, de modo a evitar o total esvaziamento dos direitos consagrados na Constituição Federal.

A reserva do possível, portanto, deve ser trazida para o contexto socioeconômico e constitucional do Brasil para que se possa verificar sua pertinência na complexa discussão sobre a concretização do direito à saúde no país.

No que se refere ao contexto socioeconômico, diferentemente do que ocorre na Alemanha, o Estado Brasileiro, como já tivemos a oportunidade de evidenciar nos itens anteriores deste capítulo, está muito longe de fazer tudo o que está ao seu alcance para cumprir os mandamentos constitucionais no que tange à efetivação do direito fundamental à saúde.

Do contrário, a má gestão e a má distribuição dos recursos públicos são o principal óbice para o acesso adequado à saúde e, conseqüentemente, o principal agravante da judicialização da saúde no país.

Nesse sentido, é pertinente a lição de Andreas Krell, em consonância com o pensamento de Canotilho:

O Brasil tem um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, e condicionar a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais à existência de recursos disponíveis no Estado, significa reduzir a sua eficácia a zero, relativizar sua universalidade, condenando-os a serem considerados direitos de menor importância. (Krell, 2002, p. 54)

Além do contexto socioeconômico absolutamente distinto entre os países, sendo este um importante impeditivo para a aplicação da reserva do possível importada mecanicamente ao direito brasileiro, o contexto constitucional também o é.

Isso porque, na Alemanha, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional não estão expressamente positivados no texto da Lei Fundamental, sendo caracterizados como uma decorrência do princípio do Estado Social.

O contexto constitucional inaugurado pela Carta de 1988, por sua vez, é bastante distinto do alemão. Aqui, o legislador originário positivou expressamente uma ampla gama de direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, a discricionariedade para a dotação de recursos necessários à satisfação desses direitos, no Brasil, não é absoluta, tendo em vista a concretização dos direitos fundamentais, é uma obrigação constitucional expressa ao Estado, que, portanto, deve destinar recursos para a

satisfação desses direitos em sua máxima eficácia e em caráter progressivo.<sup>106</sup>

No caso brasileiro, portanto, a Constituição Federal não sugere, mas obriga o Estado a destinar recursos para a satisfação dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos pondera que “não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da constituição” (Barcellos, 2006, p. 245), tendo a própria Constituição Federal determinado expressamente que seus objetivos primários são a realização dos direitos fundamentais decorrentes da dignidade da pessoa humana, alçada pelo legislador originário como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, inciso III, da Carta Constitucional de 1988).

Assim, o ponto de partida e o objetivo primordial de qualquer ato dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deve ser assegurar as condições necessárias para se garantir a dignidade humana, o que inclui, além da proteção dos direitos individuais, a criação de condições materiais de existência digna. Assim, a própria Constituição estabelece exatamente os “alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir”<sup>107</sup>. Ou seja, a finalidade da arrecadação de recursos públicos não pode ser outra, senão a concretização dos direitos fundamentais como objetivo primordial.

Nesse sentido, tendo em vista que a retórica da reserva do possível é o argumento mais utilizado pelo Estado quando demandado judicialmente para concretizar o direito à saúde, como uma tentativa de esquivar-se de seus deveres constitucionais, é fundamental fazermos uma distinção entre escassez de recursos econômica ou real e escassez de recursos ficta ou jurídica, que está atrelada à alocação política dos recursos públicos pelo Estado.

Em outras palavras: “[...] é necessário elucidar dois aspectos bastante distintos da reserva do possível: a total inexistência de recursos financeiros necessários à concretização da prestação material demandada; e a inexistência destes recursos porque os mesmos foram alocados pelos poderes públicos para

---

<sup>106</sup> O Constituinte se ocupou de definir no próprio corpo da Constituição algumas regras de destinação dos recursos auferidos pelo Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, como se infere dos artigos 195, 198, 204 e 212, todos da Constituição Federal.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 246.

finalidades distintas”. (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 219)

Sgarbossa, ao distinguir os conceitos de escassez econômica e escassez ficta, nos ensina que:

Compreende-se a primeira a escassez decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, ao passo que a segunda é compreendida como a escassez decorrente da indisponibilidade jurídica, isto é, em virtude de norma jurídica que determine determinada alocação dos recursos em detrimento de outras, ou ainda que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou acima de certos limites.<sup>108</sup>

Já demonstramos amplamente, nos itens anteriores, que a não realização do direito fundamental à saúde não decorre de ausência de verbas públicas, mas sim da catastrófica gestão das verbas disponíveis. Ademais, restou demonstrado que o SUS é vítima de reiterada negligência e subfinanciamento por parte do legislador e do administrador público.

Inclusive, estando a saúde pública sendo “desfinanciada”, isto é, perdendo recursos destinados à pasta, ano a ano, em razão da vigência da EC 95/16, a retórica da reserva do possível jamais poderia ser acolhida, em qualquer hipótese envolvendo a efetivação da saúde.

Assim leciona Flavio Galdino, com acerto:

*[...] o que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’. A compreensão dos custos como meios de promoção de direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a “exaustão de capacidade orçamentária” que impede a realização de determinado direito. O argumento que impede a “exaustão orçamentária” presta-se unicamente a encobrir escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado “direito”. (Galdino, 2007, p. 284, grifos nossos)*

<sup>108</sup> SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, v. 1, 2010. P. 218/219. O conceito de escassez econômica ou fática de recursos não é indene de críticas. Assim se posiciona Fernando Lobo Torres: “Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática” (TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110).

A saúde, contudo, por estar intimamente ligada ao direito fundamental à vida, jamais poderia ser relegada, pelo contrário, deveria assumir um espaço preponderante dentro do orçamento público, o que, infelizmente, não é o que ocorre no Brasil.

Nesse sentido, fica o gestor público impossibilitado de usar genérica e artificialmente o argumento da reserva do possível como verdadeira desculpa para se desincumbir de seus deveres constitucionais, uma vez que, por certo, os recursos existem, todavia, estão alocados em outras prioridades.

Assim, não sendo os recursos escassos por natureza, e tampouco inexistentes na realidade, está-se diante uma situação em que a escassez é artificial e, portanto, não é insuperável.

Logo, há que se diferenciar entre o que não é possível porque não há, comprovadamente, meios suficientes, mesmo depois de plenamente atendidas as normas constitucionais que determinam alocação de recursos e restando comprovado que o Estado fez ou está fazendo tudo o que está ao seu alcance para concretizar determinado direito fundamental social, e o que não é possível porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 223).

Olsen se atenta para o fato de que, “[n]estas condições, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado (seja na obtenção de recursos, seja na realização de despesas), encontra-se em conformidade com as normas constitucionais”.<sup>109</sup>

Portanto, em um caso concreto envolvendo prestações de saúde ao cidadão, o Estado, antes de alegar escassez de recursos para prover a saúde do jurisdicionado, deve demonstrar que prioriza políticas públicas essenciais, em detrimento das não essenciais, incumbindo-lhe, ainda, o ônus de fazer prova cabal nos autos de que a recusa em proteger a dignidade, a saúde e a vida do administrado se deve a uma real escassez econômica.

Nesse sentido, Farena destaca:

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas

---

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 222.

com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômico, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais. (Cadernos Americanos de Direito Sanitário, 2015, p. 110)

Não se pode, de forma alguma, tolerar a alegação genérica de falta de recursos públicos sem prova robusta nesse sentido, sob pena de subverter a vontade constitucional.

Fere a Constituição Federal, por exemplo, o administrador que efetua gastos milionários com propagandas governamentais ou de políticas de seu interesse, enquanto a população encontra-se desassistida das prestações e atendimentos básicos de saúde. Não será admitida a alegação da reserva do possível pelo administrador nessa hipótese, tentando valer-se da retórica dos “cofres vazios” como uma blindagem que legitime sua conduta inconstitucional.

Nessa concepção, Krell evidencia que:

Se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transportes, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade e saúde. Um relativismo nessa área poderia levar a ponderações perigosas e anti-humanistas do tipo “por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?”. (Krell, 2002, p. 55, grifo do autor)

André Luiz Batista da Costa é enfático no sentido de que:

Negar um leito de UTI a um cidadão que dele necessita para garantir a própria sobrevivência, sob a alegação de não possuir leitos suficientes e nem recursos para a ampliação dessas unidades hospitalares, e gastar milhões com propagandas de publicidade governamental, ou ver-se envolvido em casos de corrupção ou desperdício de dinheiro público denotam de forma clara a desorganização e o desvio das reais funções de existência do Estado. (Costa, 2021, p. 75)

Interessante notar que esses recursos nunca são escassos para outros fins, que não a concretização do direito à saúde, como as já mencionadas propagandas governamentais, despesas bilionárias com a concessão de emendas parlamentares para garantir apoio político, grandes obras mal planejadas de infraestrutura, despesas

grandiosas com cartões corporativos, etc. Ou seja, “os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro”.<sup>110</sup>

A escassez, portanto, é artificial:

A prova desta artificialidade está no fato de que quando existem muitas decisões judiciais determinando o fornecimento de um certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade, este remédio passa a ingressar na lista daqueles que obrigatoriamente devem ser fornecidos gratuitamente a toda a população.<sup>111</sup>

É impossível acolher a retórica da reserva do possível invocada pelo Estado de forma genérica, em processos que envolvem a judicialização da saúde quando se sabe que existe um subfinanciamento crônico no setor, um mau planejamento de políticas públicas e uma péssima gestão das políticas já existentes, o que resulta em filas intermináveis no postos de saúde; diagnósticos tardios; hospitais sem condições de efetivar seus trabalhos cotidianos, devido ao atraso no pagamento de energia elétrica ou da negligência com reformas de infraestrutura corriqueiras; internações

---

<sup>110</sup> OLSEN, A. Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (Universidade Federal do Paraná, 2006)**. p. 223. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 03 set 2023. Daí porque não se pode conceber a reserva do possível como um limite imanente à realização de um direito, uma vez que, se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normativamente protegido, o próprio direito poderia se tornar inexistente. Nas palavras de Olsen: “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 da 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.” (*Ibidem*, p. 202). A autora arremata: “Nestas condições, não haveria que se diferenciar quais os tratamentos médicos que se encontram acobertados pelo direito à saúde de forma abstrata, sem antes ponderar as circunstâncias do caso concreto.” (*Ibidem*, p. 204).

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 202. Exemplo recentíssimo disso está pela incorporação ao SUS do medicamento Zolgensma, um dos remédios mais caros do mundo, para o tratamento de pacientes com Atrofia Muscular Espinhal (AME), uma grave doença degenerativa. Em razão do impacto econômico da medicação para o sistema de saúde, o Poder Público buscou soluções para facilitar a aquisição do Zolgensma, aprovou a incorporação mediante um acordo de compartilhamento de risco junto à farmacêutica Novartis. Assim, o pagamento do medicamento (R\$ 5,7 milhões – valor exclusivo para o governo, que consegue negociar melhores preços em compras centralizadas), será feito de forma parcelada em 5 anos, sendo 20% do preço do medicamento divididos anualmente, condicionada à evolução do paciente. Dessa forma, a União não terá que arcar com todo o montante em caso de piora do quadro clínico ou morte do paciente. (MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Incorporação de medicamento para AME tipo I amplia tratamento de pacientes com a doença no SUS**. gov.br. Brasília, 07 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/conitec/pt-br/assuntos/noticias/2022/dezembro/incorporacao-de-medicamento-para-ame-tipo-i-amplia-tratamento-de-pacientes-com-a-doenca-no-sus>. Acesso em: 07 set. 2023).

irregulares; falta de leitos; falta de material hospitalar, desde os mais básicos, como luvas e máscaras, e até mesmo falta de limpeza adequada nos hospitais, dentre tantos outros problemas.

Não pense o leitor, todavia, que não reconhecemos a existência de limitações também aos direitos fundamentais. É certo que ninguém pode pretender ir além daquilo que se encaixa como possível, no sentido de se pretender algo além do proporcional e razoável.

Por isso não pode, por exemplo, o cidadão pretender, num país como o nosso, exigir, no caso de padecer de determinada patologia, tratamento no exterior, ou um tipo específico de tratamento apenas encontrável em distante rincão, ou uma forma de terapia absolutamente não recomendada pelos órgãos de saúde do país. (Revista dos Tribunais Online, 2011, p. 05).

Tais pretensões vão além do que o particular pode exigir razoavelmente do Poder Público, sobretudo se se considerar a realidade econômica de cada Ente.<sup>112</sup>

Por oportuno, cumpre examinar a relação entre os custos dos direitos e a reserva do possível, evocando novamente as valiosas lições de Holmes e Sustain (1999), uma vez que o direito à saúde, por seu caráter expressivamente positivo, isto é, prestacional, costuma encontrar óbice, com muita frequência, no “fator custo” dos

---

<sup>112</sup> Os principais impasses orçamentários ocorrem em pequenos municípios, que possuem arrecadação ínfima frente a uma alta demanda pela concretização de direitos fundamentais. A desorganização orçamentária entre os Entes da Federação (solidariamente responsáveis pela falta de harmonia na alocação de recursos orçamentários entre os Entes da Federação (solidariamente responsáveis pelo fornecimento de tratamentos de saúde), todavia, não pode ser vista como um impeditivo para a concretização do direito fundamental à saúde (o planejamento orçamentário constitucionalmente adequado no âmbito da saúde é dever dirigido ao Estado, e não ao juiz), mas sim como um elemento a mais a ser considerado pelo magistrado no exercício da ponderação. É importante frisar que não se pode assistir inerte a situações de impasse orçamentário como faz a Administração Pública que, sem procurar soluções efetivas e adequadas, tenta vilanizar o Judiciário pelo suposto desequilíbrio financeiro em suas contas. É preciso que se adote uma postura ativa na busca de soluções para que o direito à saúde se torne cada vez mais concreto. Lobo Torres, por exemplo, propõe que o impasse orçamentário possa ser superado a partir da abertura de créditos complementares pelos poderes responsáveis (TORRES, R. L. Mínimo existencial. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, I.; TIMM, L. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 80/83). Entendemos não ser essa a melhor solução, uma vez que a abertura de créditos não resolveria o problema da imprevisibilidade e da incerteza no orçamento de cada Ente. Pensamos ser mais adequada a elaboração de uma Câmara de compensação e liquidação no âmbito da saúde, como um mecanismo de suprir eventuais concentrações de despesa em um ou outro Ente da Federação, inspirada no sistema utilizado entre instituições financeiras (o Ministro Gilmar Mendes já fez referência à necessidade das Câmaras de Compensação como importante inovação institucional no âmbito do Poder Executivo durante o julgamento do RE 657.718/MG). O que é importante sublinhar, nesse momento, é que soluções existem, e muitas outras podem ser pensadas, sendo necessário que haja vontade política na organização do orçamento destinado à saúde.

direitos.

Já se teve a oportunidade de afirmar que os direitos fundamentais de defesa também implicam a existência de custos – muitas vezes altíssimos – aos cofres públicos.<sup>113</sup>

Neste ponto, o que se pretende analisar é a influência que a questão da existência dos recursos financeiros tem para a efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações, no sentido de identificar a relação existente entre ações judiciais envolvendo a prestação de políticas públicas e a alegação de insuficiência de recursos para implementá-las ou cumprir as já existentes de forma satisfatória.

Nesse sentido, a partir da constatação de que todos os direitos têm custos financeiros, independentemente de serem eles de defesa ou prestacionais, e que proteger direitos pode ser tão oneroso quanto implementá-los, conclui-se que a gama de escolhas alocativas de recursos públicos pelo gestor torna-se ainda maior do que se poderia imaginar em um primeiro momento, uma vez que, via de regra, ao se analisar as possibilidades de escolha de destinação do dinheiro público, usa-se como base apenas aquelas ligadas aos direitos fundamentais tipicamente prestacionais, esquecendo-se dos gastos sendo alocados com os direitos fundamentais tipicamente de defesa.

Assim, à luz das ideias de Holmes e Sustain, Sgarbossa considera que a maior contribuição da teoria dos custos dos direitos foi:

[...] evidenciar que a questão da efetivação ou proteção dos direitos, sejam eles quais forem, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que todos os direitos custam dinheiro público – e, não raro, muito dinheiro. (Sgarbossa, 2010, p. 25)

Nesse sentido, caberá ao Poder Judiciário, no exercício racional da ponderação e da proporcionalidade, analisar o fenômeno da escassez de recursos levando-se em conta todos os direitos garantidos pelo Estado, isto é, de um ponto de vista mais amplo, incluindo nesta equação também os gastos vultuosos com direitos fundamentais tipicamente de defesa.

Logo, tendo em vista que os recursos são finitos e que existe um amplo leque de opções alocativas, não cabe ao Poder Público se utilizar da retórica da reserva do

---

<sup>113</sup> Ver capítulo 2, item 2.2.

possível para diminuir direitos e garantias, mas sim promover um redimensionamento:

[...] da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastas os insuficientes recursos públicos. (Sarlet; Figueiredo, 2008, p. 29)

É o caso, portanto, de inverter as prioridades. O direito social é que deve influenciar e servir de parâmetro ao orçamento, e não o contrário, sob pena de se subverter a ordem constitucional.

Conforme destaca Gilmar Mendes acerca das escolhas alocativas prioritárias, “a garantia [constitucional do direito à proteção da saúde] mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde mediante escolhas alocativas”. (Mendes, 2011, p. 686)

Assim, a teoria da reserva do possível, da forma como incorporada no direito pátrio, não pode ser aceita como um obstáculo à aplicabilidade do direito à saúde, mas sim como um direcionador da forma como deverão ser alocados os recursos públicos.

A Corte Constitucional brasileira confere tratamento prioritário ao direito à saúde quando colocado em conflito com a teoria do mínimo existencial.

Nesse sentido consignou o Ministro Celso de Mello, em seu emblemático voto proferido na Petição nº 1246 – SC, em que era requerido transplante das células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchenne:

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida.<sup>114</sup>(Brasil, 1997)

Não se olvida que o interesse financeiro do Estado é de suma importância, uma

---

<sup>114</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Pet 1246 MC/SC** – Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello. 31 de janeiro de 1997. Presidente: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>. Acesso em: 05 set. 2023.

vez que o orçamento público afeta a todos os cidadãos, todavia, tendo em vista que a Administração Pública não está empreendendo todos os seus esforços à efetivação dos direitos fundamentais, o interesse econômico do Estado deve ceder diante da necessidade de concretização da saúde. Portanto, antes de alegar que faltam recursos, cabe ao Estado empregar de forma eficiente os que já se tem.

Rememore-se que cabe ao Estado o ônus da prova de demonstrar o seu nível de comprometimento para tornar efetivos os direitos fundamentais.

Cumprir destacar, ainda, o seguinte trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Melo na ADPF nº 45/2004:

Cumprir 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.<sup>115</sup>

No julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 745.745, o STF consignou ser impossível a invocação da fórmula da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, na tentativa de legitimar o injusto inadimplemento dos deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Poder Público.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> ADPF nº 45 MC/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado no Diário da Justiça em 4/5/2004.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo:** ARE 745745 AgR. Relator: Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>. Acesso em: 06 de setembro de 2023. O acórdão foi assim ementado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º,

O STJ vem assentando entendimento muito próximo ao posicionamento do STF. A título de exemplo, destacamos o julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474 – SC, que foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA - PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.

[...]

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda

---

196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO”.

que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.

[...]

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. Recurso especial improvido.<sup>117</sup>

Vê-se, portanto, que a jurisprudência, apesar de não negar de plano a aplicação da reserva do possível, como sugere Krell – para quem a teoria alemã, da forma como incorporada no direito brasileiro, não se coaduna com a sistemática constitucional brasileira – considera com cautela sua incidência, reconhecendo que, quando em conflito com a concretização de direitos fundamentais, a alegação de escassez de recursos pela Administração Pública não deve prevalecer.

Isso quer dizer, de maneira objetiva, que o Poder Público não pode se eximir de suas obrigações constitucionais alegando genericamente a mera falta de recursos; falta esta que, no discurso do administrador, parece ser permanente e eterna. Ano após ano, o gestor público, para justificar a não concretização de direitos fundamentais sociais, alega simplesmente: o Brasil não tem dinheiro.

O objetivo da história das tartarugas a que nos apresentou Frederick Schauer é demonstrar que a explicação das “tartarugas até o fim” é, em última análise, uma descrição insuficiente, insatisfatória, da natureza do universo. (Schauer, 2022, p. 120)

Assim também o é a alegação abstrata de “escassez de recursos” pelo gestor público para tentar justificar a ausência de concretização dos direitos fundamentais e sua evidente negligência em dar cumprimento aos mandamentos constitucionais: insuficiente e insatisfatória.

Não se pode jamais perder de vista que, no Brasil, a Carta Constitucional de 1988 aponta os caminhos para onde os recursos públicos devem ser alocados com prioridade, e esses caminhos desembocam, em última instância, na efetivação da dignidade da pessoa humana, que é impossível de ser alcançada sem a concretização dos direitos fundamentais através de políticas públicas.

---

<sup>117</sup> Recurso Especial nº 1.185.474/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 20/04/2010. **Diário da Justiça**, em 29/04/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271185474%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271185474%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271185474%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271185474%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 06 set. 2023.

Não é por acaso que o constituinte originário, ao tratar da ordem econômica, estabeleceu, no artigo 170 da Constituição de 1988, que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Brasil, 1988)<sup>118</sup>.

Deste modo, o planejamento orçamentário do Estado deve incluir, como prioridade, a efetivação dos direitos fundamentais. Nessa toada de ideias, pode-se afirmar que o administrador tem o dever de empregar relevância às demandas que se relacionem à saúde pública e, desta forma, realizar uma dotação orçamentária suficiente para preservar a vida e a saúde das pessoas, em vez de concentrar o seu orçamento para majorar salários de servidores públicos. (Economic Analysis of Law Review, 2022, p. 248)

Nesse sentido, assevera Alessandra Gotti:

De fato, ainda que se reconheça que os recursos públicos são finitos, condicionar os direitos sociais à existência de “cofres cheios” corresponde ao total aniquilamento dos direitos constitucionalmente consagrados, despindo-os de toda a sua força normativa. **A questão pode ser colocada em outra perspectiva: o que está em discussão é a eleição de prioridades, para as quais, aliás, existem outros critérios claros e objetivos já delineados pela própria Constituição e pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil.** (Gotti, 2012, p. 93, grifo nosso)

Significa dizer que a própria Constituição Federal traçou os parâmetros para a correta alocação de recursos orçamentários, dos quais o gestor público não pode se distanciar. Assim, no magistério de Olsen:

ao elaborar um elenco de direitos fundamentais, alçando seu respeito – na esteira do respeito à dignidade humana – como um dos objetivos primordiais do Estado Brasileiro, a Constituição determina normativamente obrigações a serem cumpridas – e destas não está o Estado autorizado a se distanciar. [...] Uma escolha alocativa de recursos, dentro da chamada discricionariedade administrativa, deverá sempre respeitar os mínimos já fixados na Constituição, bem como as prioridades por ela enumeradas. Não se trata de aprisionar as decisões políticas, mas condicioná-las em conformidade com os valores presentes como um todo na sociedade – e neste diapasão, todos os direitos fundamentais merecem satisfação. (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 221-224)

---

<sup>118</sup> Artigo 170, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.

Portanto, deve-se manter em vista a busca por uma alocação de recursos constitucionalmente adequada, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social), sendo a dignidade da pessoa humana o fim essencial e o valor fundamental a ser atendido pela Carta Constitucional.

A retórica da reserva do possível, portanto, sempre que alegada pelo Estado em ação que pretenda a concretização do direito à saúde, deve ser analisada casuisticamente, mediante a aplicação da ponderação ao caso, segundo as regras da razoabilidade e da proporcionalidade, para que a retórica da reserva do possível não seja usada como barreira intransponível à concretização do direito fundamental à saúde, justificando a prestação precária e o atendimento insuficiente à população no âmbito da saúde pública.

Rememore-se que é ônus do Estado a demonstração cabal de que estão sendo empregados todos os esforços possíveis para a concretização da saúde. Todavia, como já tivemos a oportunidade de elucidar, parece que o Brasil não se encontra nesse patamar de preocupação ainda, pois os Poderes Públicos, na malversação do orçamento público, desatendem demandas tidas pela Constituição como fundamentais, priorizando prestações não essenciais.

Nesse contexto, o exercício da ponderação pelo magistrado deverá balizar a atuação dos órgãos estatais na prestação dos serviços públicos de saúde, cabendo à jurisdição buscar o realinhamento do Estado ao seu ideal obrigatório, a saber, a preservação da dignidade humana. Não se deve levar a sério, portanto, os argumentos de ausência de recursos em abstrato, o que culminaria na utilização da retórica da reserva do possível para liminar as conquistas do SUS “a um mínimo sanitário represado por restrições orçamentárias, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis, nem reconhecendo seus objetivos, fundamentos e princípios, obstaculizando as conquistas e anulando a tentativa de ratificação do direito sanitário constitucional brasileiro”. (Cunha, 2015, p. 113)

É preciso ter em mente, a todo momento, que a escassez de recursos envolverá sempre o elemento escolha, ela é fruto de opções políticas. Fiquemos, pois, vigilantes quanto à arguição da reserva do possível como escusa estatal para fraudar seus deveres constitucionais, para que a hermenêutica constitucional não admita teses restritivas e retrocessos aos direitos sociais.

### 6.3 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA PANDEMIA DE COVID-19: CASOS EMBLEMÁTICOS E A IMPORTANTE ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A crise sanitária, econômica e social advinda da pandemia de Covid-19 realçou, de maneira ainda mais profunda, a dificuldade de grande parte da população em ter acesso a tratamentos de saúde que condicionem o mínimo necessário para a vida e, para além disso, para a vida com dignidade, trazendo à tona as disparidades na oferta e no acesso a serviços públicos e privados de saúde.

Durante a grave crise de Covid-19, o SUS registrava fila de espera para internação e taxas de ocupação de leitos próximo da capacidade máxima, em diversas localidades do país (Correia, 2020), em maio de 2020. Por outro lado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) constatou que as taxas de ocupação de leitos alocados para atendimento à Covid-19 em hospitais próprios de empresas de planos de saúde foram de 45% e 61% em abril e maio de 2020, respectivamente<sup>119</sup>, de forma que “o cenário configurado por fila de espera no SUS *versus* leitos ociosos e encerrados no setor privado, num contexto de pandemia em curso, preservou e acirrou desigualdades de acesso à saúde” (Conte *et al*, 2020).

Dessa forma, a disponibilização de tratamentos terapêuticos de forma contínua e em quantidade adequada às necessidades da população tornou-se um desafio ainda mais significativo e complexo a ser superado – cenário que se tornou ainda mais dramático em razão do descaso e do negacionismo do governo federal em relação à pandemia.

Entre março de 2020 e abril de 2021, o Tribunal de Contas da União (TCU) realizou ciclos de acompanhamento que avaliaram a condução da gestão da saúde no período pandêmico, com ênfase para a análise da execução dos recursos do Ministério da Saúde (MS) e a regularidade dos processos do MS de aquisição destinados às medidas de enfrentamento à pandemia da covid-19. (Tribunal de Contas da União, 2022, p. 37)

O acompanhamento do TCU no sexto ciclo, realizado de maio a setembro de 2021, apresentou as seguintes constatações:

---

<sup>119</sup> Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **Boletim COVID-19**: saúde suplementar. Jun. de 2020. Disponível em: [http://www.ans.gov.br/images/Boletim\\_COVID-19\\_ANS\\_Junho\\_Link.pdf](http://www.ans.gov.br/images/Boletim_COVID-19_ANS_Junho_Link.pdf). Acesso em: 13 ago. 2023.

» **Morosidade na contratação de insumos e medicamentos.** Há lentidão no andamento dos processos de aquisição de insumos e medicamentos urgentes, com prazo de tramitação interna superior a cinco meses, inclusive na contratação de medicamentos para intubação orotraqueal. Constatou-se que estudos técnicos preliminares são produzidos indevidamente, após os termos de referência.

» **Necessidade de melhoria na vigilância em saúde.** Existem oportunidades de melhoria nas ações de vigilância em saúde, especialmente no monitoramento das decretações de quarentena, na testagem de casos e no rastreamento de viajantes que ingressam no país, considerando o risco de disseminação de novas cepas.

» **Divergência de registros de vacinas distribuídas e de valores repassados.** Dados do Sies estão divergentes dos parâmetros previstos nas pautas de distribuição de vacinas pactuadas na CIT em mais de 9 milhões de doses. Também se constatou falta de transparência sobre critérios utilizados para distribuição de vacinas aos municípios. Ademais, apurou-se divergência entre os recursos transferidos aos entes subnacionais em relação aos informados no Siops.

[...]

» **Falhas nos processos de aquisição de imunizantes.** Não houve estimativa de preços nem registro formal da justificativa para a sua dispensa, conforme prevê a Lei 14.124/2021, na maioria das aquisições, sendo necessária melhoria nesse processo. Também não houve juntada das memórias ou das atas das reuniões realizadas pela Secretaria Executiva nas tratativas para a aquisição dos imunizantes.

» **Elaboração simplificada das matrizes de alocação de riscos para aquisição de vacinas.** Vislumbrou-se oportunidade de aprimoramento com adequação da matriz de alocação de riscos exigida no artigo 5º, caput, da Lei 14.124/2021 às melhores práticas que regem o gerenciamento de riscos em contratos.

» **Direcionamento na contratação de seguradora e corretores.** Verificou-se contratação direta da empresa seguradora após intermediação de corretores de seguro escolhidos sem processo de seleção pública e sem a prévia comprovação de capacidade técnica tanto da seguradora como dos corretores, tema que deverá ser apurado em processo de representação. Os prêmios de seguro totalizaram US\$ 4,4 milhões.<sup>120</sup>

Mesmo que recursos adicionais tenham sido alocados à área da saúde, a falta de programação orçamentária adequada prejudicou a gestão apropriada das verbas, pressionando ainda mais o SUS, que já se encontrava sobrecarregado (Cardoso *et al*, 2021, p. 27).

Segundo o Ministério da Saúde, até 20 de julho de 2022, foram confirmados no Brasil mais de 676 mil óbitos associados à covid-19.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 38/39.

<sup>121</sup> *Op. Cit.*, p. 37.

Cumpra destacar, ainda, que segundo um estudo realizado pela Faculdade de Saúde Pública da USP<sup>122</sup>, 3.049 normas relacionadas à COVID foram editadas só no âmbito da União em 2020, o que releva a acentuada inflação normativa havida no Brasil neste período. O que culminou no acionamento excessivo do STF para decidir a constitucionalidade de uma grande parcela desse complexo normativo.

De acordo com os dados do Painel de Ações STF-COVID-19 (transparência), até a data de 23/02/2021, a Corte Suprema brasileira já havia recebido 7.322 processos relacionados à pandemia. (*Connection line*, 2021)

Dentro de todo esse contexto caótico, o Brasil experimentou um acionamento excessivo do Poder Judiciário, especialmente do STF, acentuando o fenômeno da judicialização da saúde.

Enquanto guardião da Constituição Federal, o STF foi acionado em diversos momentos e contextos, no decorrer da pandemia de Covid-19, para dizer a constitucionalidade em ações e omissões do Governo Federal no combate ao coronavírus, bem como para definir as interpretações corretas da legislação, no âmbito do direito à vida, à saúde e à dignidade humana (arts. 1º, inciso III, 5º, *caput*, 6º, e 196 a 200, da Constituição Federal).

Selecionamos, então, algumas decisões paradigmáticas do STF no contexto da pandemia de Covid-19, que repercutiram muito na sociedade em razão de seus objetos, para análise casuística, com a finalidade de demonstrar que a Corte Constitucional desempenhou papel fundamental na proteção da saúde e da vida dos brasileiros.

Será traçado, então, um panorama geral das decisões proferidas nas ADIs n.º 6.586/DF e 6.857/DF; ADPF n.º 756/DF; ADPFs n.º 668/DF e 669/DF e ADPF n.º 709/DF, apontando o autor da ação, o motivo de acionamento do Tribunal Excelso e a decisão por ele proferida.

Em todas as ações abaixo discriminadas, a atuação do STF foi essencial para garantir a ordem constitucional, preservando os direitos fundamentais, bem como para pressionar o governo federal, deliberadamente omissivo, a tomar medidas concretas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19, que se faziam urgentes.

---

<sup>122</sup> CEPEDISA; CONECTAS Direitos Humanos. **Direitos na pandemia**. Boletim n.º 10. São Paulo, 2021. Disponível em: [boletim-direitos-na-pandemia.pdf](http://boletim-direitos-na-pandemia.pdf) ([poder360.com.br](http://poder360.com.br)). Acesso em: 13 ago. 2023.

### **i. ADIs n.º 6.586/DF36 e 6.857/DF – Vacinação Compulsória**

Nas ADIs n.º 6.586/DF<sup>123</sup> e 6.857/DF<sup>124</sup>, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) acionaram o STF para que fosse conferida interpretação conforme os arts. 6º, 22 a 24, 26, 30, 196 e 198, da Constituição Federal, ao art. 3º, inciso III, alínea d, da Lei n.º 13.979/2020.

Os autores alegaram, em suas razões, que o Presidente da República havia declarado publicamente que a vacina contra a COVID-19 não seria obrigatória no país, contrariando a opinião de médicos infectologistas, que consideram que o seu emprego é fundamental para preservar vidas e atingir a denominada “imunidade de rebanho”.

Sustentaram, ainda, que a legislação pátria (art. 3º, inciso III, alínea d, da Lei n.º 13.979/2020) prevê a possibilidade de vacinação compulsória, desde que seja determinada com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde.

O STF, por maioria, entendeu serem parcialmente procedentes os pedidos, em consonância com o voto do relator, autorizando a vacinação compulsória durante a pandemia.

Foram fixadas, porém, as seguintes balizas: (a) vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (b) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

---

<sup>123</sup> BRASIL. STF. **ADI n.º 6.586/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

<sup>124</sup> BRASIL. STF. **ADI n.º 6.587/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

## ii. **ADPF n.º 756/DF – Crise de insumos no Amazonas**

A ADPF n.º 756/DF<sup>125</sup>, também de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Os autores relataram o caos na saúde pública no Estado do Amazonas, sobretudo na capital Manaus, diante da situação de contaminação e agravamento de casos de COVID-19, quadro que teria piorado em razão da falta de insumos básicos, como, por exemplo, oxigênio hospitalar e mão de obra qualificada.

Aduziram, ainda, que o Governo Federal não estaria cumprindo seu dever de efetivar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos amazonenses, falhando na garantia ao direito básico à vida, à saúde e à dignidade humana.

O STF, por unanimidade, referendou a medida cautelar concedida pelo relator, para determinar à União que promovesse, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a grave crise sanitária instalada na capital do Amazonas, em especial, suprimindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que pudessem prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito de suas respectivas competências.

Além disso, foi determinado que a União apresentasse à Corte, no prazo de 48 horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que pretendia colocar em prática ou pretendesse desenvolver para o enfrentamento da emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros, devendo atualizar o plano em questão a cada 48 horas, enquanto perdurasse a conjuntura excepcional.

## iii. **ADPF n.º 709/DF – Enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas**

A ADPF n.º 709/DF<sup>126</sup> foi ajuizada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, em conjunto com seis partidos políticos (PSB, PSOL, PC do B, Rede, PT e PDT).

---

<sup>125</sup> BRASIL. STF. **ADPF n.º 756/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Liminar deferida em parte em 15.01.2021.

<sup>126</sup> BRASIL. STF. **ADPF n.º 709/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 12.08.2020.

Os autores argumentaram que haveria falhas e omissões do Governo Federal no combate à pandemia de coronavírus nas aldeias indígenas e requereram a adoção, por parte do Executivo Federal, de medidas de proteção e promoção da saúde dos Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato (PIIRCs), bem como a adoção de medidas mais amplas voltadas à saúde dos povos indígenas em geral.

Por maioria, o STF chancelou a medida cautelar parcialmente concedida pelo relator Roberto Barroso e determinou à União que formulasse, no prazo de até 30 dias, um plano de enfrentamento da COVID-19 para os povos indígenas brasileiros, com a participação do Conselho Nacional dos Direitos Humanos e de representantes das comunidades indígenas.

Foi determinado pela Corte, ainda, com relação aos povos indígenas em isolamento, (I) a criação de barreiras sanitárias que impedissem o ingresso de terceiros em seus territórios e; (II) a criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia.

Já no que se refere aos povos indígenas em geral, a Corte ordenou: (I) a inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas; (II) imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas e; (III) extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados.<sup>127</sup>

#### iv. **ADPFs n.º 668/DF e 669/DF – Campanhas Publicitárias**

As ADPFs n.º 668/DF<sup>128</sup> e 669/DF<sup>129</sup> foram ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e pelo partido Rede Sustentabilidade, para que a Corte Suprema analisasse a constitucionalidade de

---

<sup>127</sup> Nesse ponto, não se pode deixar ao olvido que o governo federal, à época, mesmo diante de uma gravíssima crise sanitária, tinha a saúde como uma de suas últimas prioridades. Em manifesta violação à autoridade das decisões judiciais, o jornal O GLOBO denunciou que o governo apresentou um "plano fake" com barreiras sanitárias inexistentes na área de índios isolados, sentenciando-os à própria sorte. (BIASETTO, D. Combate à Covid-19 em aldeias indígenas não saiu do papel cinco meses após decisão do STF, aponta Apib. **O Globo**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/combate-covid-19-em-aldeias-indigenas-nao-saiu-do-papel-cinco-meses-apos-decisao-do-stf-aponta-apib-24790238>. Acesso em: 13 ago. 2023.

<sup>128</sup> BRASIL. STF. **ADPF n.º 668/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

<sup>129</sup> BRASIL. STF. **ADPF n.º 669/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

campanha publicitária promovida pelo Governo Federal, denominada “O Brasil não pode parar”, veiculada na mídia e em redes sociais.

Os autores aduziram que o vídeo divulgado na campanha estaria propagando informações falsas, consubstanciadas na ideia de que a COVID-19 não oferecia risco real e grave à população, podendo gerar desinformação e incentivar os brasileiros a um comportamento que, no futuro próximo, ocasionaria grave contágio e comprometeria a saúde pública e a vida dos brasileiros.

O relator, ministro Roberto Barroso, deferiu a medida cautelar pleiteada, proibindo a produção e a circulação, por qualquer meio, de qualquer campanha que sugerisse o retorno da população às suas atividades plenas, ou ainda, que atenuasse os riscos da pandemia para a saúde e a vida da população, sob o fundamento de que a contratação de campanhas publicitárias pelo Executivo Federal com o objetivo de disseminar informações distorcidas sobre a real gravidade dos efeitos da contaminação pelo coronavírus “traduz uma aplicação de recursos públicos que não observa os princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência, além de deixar de alocar valores escassos para a medida que é a mais emergencial: salvar vidas (art. 37, caput e §1º, CF)”.

#### 6.4 HÁ ESPAÇO PARA SE FALAR EM ATIVISMO JUDICIAL?

No âmbito jurídico, há um intenso debate em relação aos conceitos de “ativismo” e “autocontenção” judicial, especialmente devido à falta de uma definição clara e consensual de seus significados.

Muitos trabalhos acadêmicos utilizam esses termos de maneiras completamente diferentes, o que torna difícil compreender o modo específico de agir do Poder Judiciário que com eles se pretende caracterizar. Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo judicial “acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema”. (Campos, 2012, p. 137)

Essa falta de clareza e uniformidade conceitual advém, sobretudo, da própria origem do termo “ativismo judicial”, utilizado pela primeira vez em janeiro de 1947, em um artigo escrito pelo historiador e político Arthur Schlesinger Jr., intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado na revista *Fortune*. (Kmiec, 2004, p. 1.445-1.450)

No referido artigo, o historiador “descreveu as linhas de atuação dos juízes da

Suprema Corte na época do New Deal, classificando sete deles como ‘ativistas’ e três como ‘autocontidos’, conforme o grau de influência de seus valores e concepções pessoais na tomada de decisões relativas à efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social” (Dimoulis; Lunardi, 2011, p. 459-473). Assim, a expressão *judicial activism* foi empregada para rotular e qualificar a atuação da Suprema Corte<sup>130</sup> durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969.<sup>131</sup>

Ao longo desse período, ensina Barroso:

Ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (Barroso, 2010, 9-10)

No Brasil, assim como em diversos outros países, inclusive nos Estados Unidos, o termo “ativismo judicial” é utilizado de forma indiscriminada e, na maioria das vezes, pejorativa, para significar “excesso judicial” ou “ilegitimidade judicial”, indicando uma espécie de disfunção, no exercício da função jurisdicional. Assim, a decisão ativista seria sinônimo de “decisão arbitrária”, atribuindo aos juízes ativistas o rótulo de grandes vilões da democracia.

<sup>130</sup> O foco do artigo ora em debate – publicado em revista popular, e não acadêmica – era descrever e analisar a personalidade de cada membro da Suprema Corte, e não desenvolver uma teoria geral sobre o papel do Poder Judiciário.

<sup>131</sup> Barroso enumera alguns exemplos representativos: “considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (Brown v. Board of Education, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (Gideon v. Wainwright, 1963) e o direito à não-autoincriminação (Miranda v. Arizona, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (Griswold v. Connecticut, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (New York Times v. Sullivan, 1964) e a direitos políticos (Baker v. Carr, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (Richardson v. Frontiero, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (Roe v. Wade).” (BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista jurídica da presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010. p. 9/10).

Por outro lado, a autocontenção também não é imune de críticas, que geralmente argumentam que uma intervenção judicial mínima pode resultar na ineficácia dos direitos constitucionais, como alerta Tavares: “Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegitimação do juiz constitucional para extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima”. (Tavares, 2012, p. 68)

Majoritariamente, a expressão “ativismo judicial” é utilizada para estigmatizar juízes progressistas, que procuram dar a máxima eficácia aos direitos fundamentais sociais que, no caso brasileiro, foram positivados pelo constituinte originário. Ocorre que, como bem assinala Barroso:

O ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador. De fato, foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu no período que foi de meados da década de 50 a meados da década de 70 do século passado. Todavia, depois da guinada conservadora da Suprema Corte, notadamente no período da presidência de William Rehnquist (1986-2005), coube aos progressistas a crítica severa ao ativismo judicial que passou a desempenhar.<sup>132</sup>

Para Ernest Young, o uso pejorativo do termo “ativismo judicial” o torna “um termo facilmente manipulável” e, em verdade, vazio de conteúdo. (Young, 2002, p. 1.141)

Note que o uso depreciativo do termo “ativismo judicial” é feito, comumente, de maneira ideológica, para afirmar a mera discordância com os resultados de determinados julgamentos, tornando o termo irremediavelmente inútil do ponto de vista dogmático.

Nesse sentido, o magistério de Marina Faraco é assertivo ao consignar que:

**[...] o “ativismo” e a “autocontenção” são conceitos juridicamente irrelevantes** para o sistema constitucional brasileiro, na medida em que não condicionam a validade ou a invalidade jurídica da decisão, referindo-se, antes, à postura do julgador. (Gama, 2018, p. 148, grifo do autor)

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 10.

Esta é a posição de que adotamos e que passaremos a justificar. Já tivemos a oportunidade de demonstrar que, nas democracias contemporâneas, há um fenômeno de progressiva transferência decisória, por parte dos próprios poderes políticos e da sociedade, para os magistrados e tribunais, alçando-os ao centro da estrutura de poder – às vezes ao arroubo, outras vezes à contragosto da Corte.

Isso significa que, mais do que uma escolha deliberada das cortes, elas são requeridas, pelos diversos atores políticos e sociais, a decidir sobre conflitos cruciais contemporâneos. Ou seja, a condição das cortes como atores políticos responde, em larga medida, a fatores externos, máxime a demanda de judicialização da política. Esse fenômeno cria uma estrutura de oportunidades para que as cortes avancem seu poder político-normativo, isto é, pratiquem ativismo judicial. É neste sentido que se pode dizer ter o ativismo judicial na judicialização da política a oportunidade adequada para desenvolvimento – ativismo judicial será a escolha comportamental do juiz em aceitar a demanda de judicialização da política e ditar as soluções, certas ou erradas, para as questões levantadas. (Campos, 2012, p. 141-142)

Ativismo judicial, portanto, é um modo proativo de interpretar a Constituição, é a atitude mais ou menos criativa do julgador, seja em prol de um viés progressista ou conservador.

Concordamos com Barack no sentido de que, independentemente do grau de criatividade-hermenêutica, “o ativismo e a autocontenção só podem operar, logicamente, dentro dos limites da legitimidade”. (Barak, 2006, p. 272)

Sob esse ponto de vista, não há conexão entre ativismo judicial e atuação judiciária ampla e irrestrita, que extrapola suas funções para além dos limites impostos pelo ordenamento, uma vez que a decisão, nesses termos, será, antes de tudo, *nula*, por violar as regras de distribuição de competência fixadas na Constituição.

Também não há conexão entre decisão arbitrária e ativismo judicial, uma vez que a decisão arbitrária, isto é, aquela extrapola a zona racional do direito, será, antes de tudo, *nula*, por violar o dever constitucional de fundamentação da decisão, como será detalhado adiante.

Não se pode perder de vista, todavia, que decidir é um ato de escolha, um ato volitivo, e, portanto, nunca será neutro.<sup>133</sup> Assim, “[...] é inevitável que os juízes

---

<sup>133</sup> “Constata-se pragmaticamente que o próprio ato de interpretar, um mínimo que seja, induz uma criação, pois toda compreensão se dá em um momento que Gadamer [...] tipifica como ‘situação

considerem suas convicções e ideologias na formação de suas decisões, sendo a ideia da neutralidade judicial verdadeiro mito”. (Revista do Advogado, 2018, p. 152)

Isso não quer dizer, todavia, que o fato de os julgadores levarem em conta suas convicções pessoais condiz, **necessariamente**, à produção de uma decisão **juridicamente** inválida. A (in)validez da decisão só estará caracterizada se o seu conteúdo ou sua forma estiverem em desacordo com alguma regra constitucional.<sup>134</sup>

Nesse sentido, Lunardi explica que:

Todos temos uma carga de valores que influencia nossos conceitos, crenças e práticas sociais. [...]. Nesse sentido, a decisão de cada membro do Tribunal Constitucional inevitavelmente adota elementos extrajurídicos ou políticos. Por outro lado, não perde seu caráter jurídico, que lhe confere legitimidade, uma vez que sujeita a decisão a critérios de direito e adota formas jurisdicionais, reduzindo o conflito a uma forma jurídica sem ignorar sua natureza política. (Revista Brasileira de Direito Constitucional Internacional, 205, p. 587)

Toda decisão, para ser válida, dever ser *juridicamente* justificada. A esse respeito, é importante observar que a Carta Constitucional de 1988 estabelece que a validade das decisões judiciais está condicionada à sua fundamentação, conforme estipulado em seu artigo 93, inciso IX.<sup>135</sup>

Tal regra retira do Poder Judiciário a arbitrariedade em suas decisões, pois impõe-lhe o dever de justificar **no Direito e para o Direito** as razões e os motivos de suas decisões. (Faraco, 2015, p. 140)

Nesse sentido, o sistema jurídico brasileiro dispõe de diversos mecanismos, seja para condicionar a validade jurídica da decisão e das opções hermenêuticas nela manifestadas pela via da fundamentação, seja para corrigir eventuais falhas a este respeito que possam culminar na sua nulidade. (Gama, 2018, p. 152-153)<sup>136</sup>

---

hermenêutica’ que parte de uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia das coisas que estão à volta do sujeito do conhecimento. Disso resulta que toda compreensão parte de uma pré-compreensão que, na verdade, revela-se na expressão daquilo que se é enquanto individualidade subjetiva concreta, ou seja, criador de situações fáticas ou jurídicas e de compreensões fáticas ou jurídicas” (ROCHA, M. O. Pragmatismo jurídico, ativismo judicial e política pública. **Refletindo o Direito**, v. 1, n. 2, 2012. p. 6).

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> Art. 93, IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”

<sup>136</sup> A título de exemplo, citamos os artigos 381, incisos III e IV, do Código de Processo Penal, o artigo 832 da Consolidação das Leis Trabalhistas, os artigos 107 a 112 do Código Tributário Nacional, o artigo 489, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil, e os artigos 4º e 20 a 24 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Ademais, o ordenamento jurídico pátrio possui um amplo sistema recursal para corrigir vícios de fundamentação das decisões. Portanto, Marina Faraco, em posição da qual coadunamos, elucida que:

Enquanto formas de exercício da função jurisdicional, o ativismo e a autocontenção não implicam, necessariamente, a validade ou a invalidade jurídica da decisão produzida a partir destas práticas, servindo tão somente para qualificar diferentes posturas ou formas de atuação judiciais, sem repercussão no Direito e para o Direito.

Em outras palavras: são expressões que podem ter utilidade em outras áreas, como a Política ou a Sociologia, e mesmo para fins doutrinários ou jornalísticos, sem, contudo, repercutir na validade ou invalidade jurídica da decisão judicial, segundo a Constituição de 1988.

Tanto é que não se poderia obter a invalidação de uma decisão judicial ao argumento de que ela traduziria uma postura contida ou ativista do magistrado, simplesmente por não se tratar de categorias ou institutos jurídicos.<sup>137</sup>

Repise-se que, no sistema constitucional inaugurado em 1988, é a fundamentação jurídica e, assim, a fundamentação dentro da racionalidade do direito, que confere validade ou invalidade à decisão.

Apesar da ausência de utilidade jurídica do termo “ativismo judicial”, nos cumpre, por oportuno, afastar a carga ideológica pré-concebida vinculada ao termo, no sentido de que uma decisão ativista, isto é, dotada de maior esforço criativo-hermenêutico, será sempre progressista e, do contrário, uma decisão com maior grau de autocontenção será sempre conservadora.

Isso porque o objeto do direito é a realidade social, e esta, por sua vez, é dinâmica, e não estática. Assim, uma mesma decisão será ou não progressista, a depender do contexto histórico, social, cultural e político em que é proferida, seja ela dotada de maior ativismo ou maior autocontenção.

No caso específico da concretização do direito fundamental à saúde, no contexto constitucional brasileiro hodierno, já esclarecemos que tal direito se encontra positivado no texto constitucional (artigos 6º e 196 a 198), que inclusive obriga a atuação do Estado para a sua concretização.

A essa altura, o leitor também já sabe que a concretização do referido direito depende, sobretudo, de prestações do Estado, e estas, por sua vez, dependem de escolhas políticas de alocação dos recursos públicos e de vontade política na gestão

---

<sup>137</sup> *Op. Cit.* p. 153.

das políticas públicas de saúde.

Já elucidamos, também, que a própria constituição traça dos caminhos que devem ser seguidos pelos Poderes Legislativo e Executivo para a concretização máxima possível da saúde, corolário do princípio da dignidade humana, que deve orientar todas as decisões de todos os três Poderes.

Nesse sentido, havendo omissão ou falha pelos demais Poderes, no cumprimento de suas obrigações constitucionais referentes à concretização da saúde, o Poder Judiciário, quando provocado, terá o poder-dever (preferimos a expressão dever-poder) de adotar uma postura hermenêutica criativa, em maior ou menor grau, a depender do caso concreto, para garantir o preceito constitucional de caráter fundamental.<sup>138</sup>

Isso não quer dizer que o Judiciário estará produzindo, do ponto de vista jurídico, uma decisão inválida. Aliás, isso nem sequer significa, necessariamente, que o Poder Judiciário estará adotando uma postura ativista, uma vez que, muitas vezes, o caso concreto versa sobre a concessão de tratamentos, insumos ou medicamentos incluídos em políticas públicas do governo que, todavia, não estão funcionando com a efetividade e eficiência com que deveriam, cabendo ao Poder Judiciário simplesmente aplicar a lei ao caso.

Não se pode perder de vista que, nessa intrincada relação entre instituições, Poderes, instâncias e etc, o cidadão/jurisdicionado encontra-se na ponta mais frágil da corda, não sendo razoável que o Poder Judiciário espere passivamente pelo bom funcionamento dos demais Poderes, que, como já vimos, não vêm desempenhando suas funções a contento, para que só então o cidadão/jurisdicionado, detentor de um direito fundamental constitucionalmente assegurado, veja concretizado seu direito à saúde e, não raras vezes, à própria vida, de forma que uma atitude passiva e demasiadamente deferente do Judiciário pode ceifar a vida do jurisdicionado em decorrência do mal funcionamento das instâncias políticas.

O Ministro Celso de Melo já consignou que as práticas de ativismo judicial, embora, segundo ele, sejam desempenhadas em momentos excepcionais pela Corte:

---

<sup>138</sup> Imagine, por exemplo, se os juízes tivessem adotado uma postura passiva e deferente e negado medicamentos não registrados na ANVISA, nos anos 1990, o combate à HIV/AIDS. Certamente, a doença teria feito muito mais vítimas e o programa de combate ao vírus não teria se dado de forma tão célere e efetiva, uma vez que foi o amplo acesso à saúde concedido pelo Judiciário que movimentou os demais Poderes para incorporarem os medicamentos necessários aos programas do governo.

Tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. (Diário da Justiça Eletrônico/STF, 2008, p. 59-64)

Nesse sentido, concordamos com Barroso (2009, p. 32) quando diz que “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema” (Barroso, 2009, p. 32). Atualmente, enquanto o Brasil não passa por uma necessária reforma política, ou enquanto os gestores públicos do país continuarem a negligenciar seus deveres constitucionais, é nas trincheiras do Poder Judiciário que os princípios e direitos fundamentais abstratos têm ganhado concretude.

## 7 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

### 7.1 NATUREZA E JUSTICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Paula Bucci Dallari alerta que a expressão “política pública” é polissêmica, de forma que sua conceituação pode ser apenas especulativa (Bucci, 2002, p. 251).

Em que pese a dificuldade de conceituação da referida locução, viemos afirmando até aqui que, nos casos de omissão ou falha na concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado, em razão da ausência ou da ineficiência de políticas públicas de saúde, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, garantir esse direito fundamental ao jurisdicionado, à luz do que preconiza a Constituição Federal.

Portanto, cabe-nos o esforço indispensável de investigar qual a expressão jurídica, ou o traço de juridicidade, das políticas públicas, que permitem que elas sejam submetidas ao contraste judicial.

A ideia de políticas públicas tem como núcleo informador essencial a função de governar, de forma que, de maneira simplificada, as políticas públicas são programas de ação dos governos, cada vez mais amparados no modelo de *government by policies*.

Maria Paula Bucci Dallari, fazendo referência aos estudos de Charles-Albert Morand, leciona que o Estado contemporâneo, em razão da dinamicidade e da complexidade das relações de poder, faz com que os modos de ação de diferentes modelos de Estado convivam em um mesmo espaço e tempo. Nas palavras da autora:

Morand refere-se a: um direito do Estado-providência, baseado na ideia de prestações do Estado (serviços públicos); um direito do Estado propulsivo, centrado nos programas finalísticos; um direito do Estado reflexivo, cuja expressão são programas relacionais; e, finalmente um direito do Estado incitador, fundado em atos incitadores, que combinam norma e persuasão. Evidentemente, não há um corte temporal separando nitidamente essas fases; o que há são técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de se caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 246.

Nesse contexto, o planejamento estatal ordenado, técnico e racional dos meios e instrumentos para o alcance de metas e resultados almejados pela Administração Pública passa a ser elemento central e essencial à consecução do bem comum.

Para Maria Paula Bucci Dallari, políticas públicas podem ser definidas como:

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (Bucci, 2006, p. 14)

Esse conjunto de atos que consubstanciam as políticas públicas podem ser exteriorizados de diferentes formas: através de normas constitucionais, normas legais infraconstitucionais, emendas constitucionais, atos administrativos, dentre outros.

Nesse sentido, em que pese não haver um padrão claro e uniforme para a exteriorização da política pública, é certo que a exteriorização dessas políticas se dá através de instrumentos normativos, isto é, de institutos próprios do Direito, o que equivale dizer, segundo Carlos Ari Sundfeld, que “o DNA das políticas públicas é escrito em códigos jurídicos”. (Rosilho; Sundfeld, 2014, p. 48)

Importa frisar que, ainda que não haja uniformidade no modo de exteriorização das políticas públicas, essa exteriorização (que se dá através de instrumentos jurídicos), “é a maneira pela qual se pode identificar os meios e os fins pretendidos pelo poder governamental, permitindo a aferição da racionalidade, do agir estratégico, dos resultados pretendidos, retirando estas opções políticas de um campo obscuro de escolhas isoladas, pessoais e arbitrárias dos políticos eleitos”. (Carvalho, 2016, p. 74/75)

Carlos Ari Sundfeld (2014) afirma, categoricamente, que “toda política pública é Direito”<sup>140</sup>, tendo em vista que o Direito se faz presente desde a concepção da política pública até sua implantação, controle e revisão.<sup>141</sup> Assim, afirma que “seria impossível conceber um programa de ação governamental sem determinar, de antemão e de forma clara, objetivos, deveres, direitos, competências e sanções. Em outros termos: políticas públicas são sempre criações jurídicas”.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> *Op. Cit.*, p. 52.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 50

O autor destaca que, além de fornecer a estrutura básica das políticas públicas, o Direito também

*Condiciona seu método de definição – ou seja, os trâmites processuais e os requisitos procedimentais que guiarão sua execução. As normas não se restringem a criar medidas que formam as políticas: vão mais longe, disciplinando o modo pelo qual operarão na prática as engrenagens que as compõem.*<sup>143</sup>

Portanto, sendo as políticas públicas estruturadas pelo Direito, é de se esperar que sobre elas recaia controle jurisdicional, sobretudo em face do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.<sup>144</sup>

Para além disso, alicerçando-se na premissa de que a atuação do Estado deve sempre estar ajustada aos imperativos constitucionais, de modo a assegurar os direitos e valores fundamentais da Carta Política, a conclusão não pode ser outra, senão a de que o poder discricionário recebe uma nova leitura no Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, “o poder de escolha, autorizado pela lei e pelas normas constitucionais, deve estar imediatamente relacionado com os objetivos anteriormente deliberados pela Carta Constitucional, sob pena de o Poder Judiciário declarar nula a opção política realizada”. (Carvalho, 2016, p. 70-71)

Sobre o tema, é fundamental o magistério de Maria Paula Bucci Dallari:

[...] a realização das políticas públicas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem da política pública. (Bucci, 2006, p. 255)

Ou seja, um outro traço de juridicidade das políticas públicas – e a nosso ver o principal – que enseja a abertura para o seu questionamento perante o Poder Judiciário decorre do fato de que o agir governamental, em que pese seu caráter discricionário, deve estar sempre comprometido com os compromissos constitucionais afirmados na Carta Constitucional.

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 48

<sup>144</sup> Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

## 7.2 O ESFORÇO DE CONFERIR MAIOR RACIONALIDADE ÀS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO E A NECESSÁRIA REORIENTAÇÃO DO DEBATE

Antes de adentrar propriamente na análise das decisões e atos do Judiciário que procuram conferir maior racionalidade e objetividade no âmbito da judicialização da saúde, não se pode deixar de mencionar a paradigmática decisão proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, julgada em 2004<sup>145</sup>, por tratar-se de marco jurisprudencial histórico, no que tange à judicialização de políticas públicas.

A decisão foi assim ementada:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).<sup>146</sup>(STF, 2004)

A referida decisão tornou-se um paradigma na jurisprudência sanitária uma vez que o relator, Ministro Celso de Mello, consignou que o Poder Judiciário possui

<sup>145</sup> A ADPF nº 45 foi proposta pelo Partido da Social Democrata Brasileira (PSDB), em face do veto presidencial que incidiu sobre o artigo 55, §2º, da Lei nº 10.707/03, cujo objetivo precípuo era fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária do ano seguinte, no caso 2004. O julgamento da referida ADPF restou prejudicado por iniciativa do próprio Presidente da República, que instaurou processo legislativo que resultou na Lei nº 10.777/03, suprimindo, portanto, a omissão que ensejou o ajuizamento da ação constitucional. Ainda assim, apesar de a ação ter sido extinta sem julgamento de mérito, o Relator, Ministro Celso de Mello, enfrentou a questão da intervenção judicial para a concretização de políticas públicas em sua decisão monocrática.

<sup>146</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo STF: 26 a 30 de abril de 2004 – Nº 345. Brasília. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)). Acesso em: 16 set. 2023.

legitimidade para concretizar políticas públicas e efetivar direitos fundamentais, quando constatada a abusividade governamental.<sup>147</sup>

Nesse sentido, a decisão reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional do STF, especialmente quando os Poderes Executivo e Legislativo não agem adequadamente. Nesses casos, o Judiciário assume a responsabilidade de garantir a implementação de Direitos e Políticas estabelecidas na Constituição.

É oportuno transcrever um emblemático trecho da decisão em discussão:

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. Cabe assinalar, presente nesse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, 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" [...]. Não obstante, a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a

---

<sup>147</sup> Jarbas Ricardo Almeida Cunha aponta que a ADPF nº 45 é expressamente invocada em diversas decisões do próprio STF que versam sobre interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. "A isso se deve sua classificação como um *leading case*. Podemos citar, após pesquisa no sítio eletrônico do Supremo, as seguintes decisões que fazem referência a ela: AG REG RE 410.715/SP; AG REG STA 223/PE; AG REG SL 47/PE; AG REG RE AGR 639.337/SP; AG REG RE 642.536/AM; AG REG RE 763.667/CE; AG REG RE 581.352/AM; EMB DECL AI 598.212/PR; AG REG RE AGR 727.864/PR e AG REG RE AGR 745.745/MG. Acesso em 18 abr. 2020." (CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida; FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. **Public Sciences & Policies**, v. 7, n. 1, p. 15-35, 2021. p. 21).

viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.<sup>148</sup>

No que se refere à reserva do possível e ao reconhecimento dos custos dos direitos pelo Ministro relator, importa transcrever o seguinte trecho da decisão, que está em consonância com o entendimento esposado no capítulo 5 desta dissertação (item 5.2.3):

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.<sup>149</sup>

Tendo em vista a quantidade cada vez maior de demandas que chegavam à apreciação do STF versando sobre o fornecimento de medicamentos, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, realização de exames médicos, suplementos alimentares, órteses e próteses, leitos em hospitais, dentre outros, o Ministro Gilmar Mendes, do STF, convocou a Audiência Pública nº 4, realizada em 2009, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio, com o propósito específico de esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relacionadas às ações e serviços de saúde.

Participaram da referida Audiência Pública 37 especialistas, assim classificados: 17 deles eram da área jurídica, incluindo ministros, juízes, advogados,

---

<sup>148</sup> *Ibidem*. Ainda que possa parecer óbvio, importa destacar que a decisão em comento é fruto de seu tempo. Atualmente, uma parcela relevante da doutrina constitucional entende que as normas garantidoras de direitos sociais não possuem caráter meramente programático, conforme nos ocupamos em esclarecer no capítulo 2 desta dissertação. Por oportuno, anote-se o seguinte trecho da decisão proferida pelo STF, em 2006, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0/RS, que enquadrou “o direito à saúde como direito público subjetivo, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos e acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar” (AgRg RE 393.175-0/RS, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 16 set. 2023).

<sup>149</sup> *Ibidem*.

promotores, procuradores, professores universitários e representantes do Ministério Público Federal; 11 especialistas representavam a sociedade civil, incluindo usuários do Sistema Único de Saúde e membros de instituições de pesquisa; 8 eram do Ministério da Saúde e da área médica, e 6 eram gestores públicos.

Dentre os discursos proferidos na audiência, as principais ideias debatidas estavam relacionadas à utilização de evidências científicas nas tomadas de decisão do Poder Judiciário e à adoção de critérios objetivos e parâmetros mais nítidos e racionais para a apreciação das demandas no âmbito da judicialização da saúde.

A paradigmática decisão proferida em 2010, no julgamento do Agravo Regimental impetrado pela União na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (AgRg na STA 175/CE)<sup>150</sup>, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, configura-se como o primeiro grande julgado após os debates suscitados na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e serviu “como uma espécie de bússola orientadora dos destinos dos julgados em torno da judicialização da saúde”. (Publics Sciencs & Policies, 2021, p. 26)

O caso concreto versava sobre o pedido do medicamento Zavesca, de alto custo (estimado em cerca de R\$ 52 mil mensais), não registrado na ANVISA, para tratamento do autor, acometido por rara doença degenerativa (doença de *Niemann-Pick* Tipo C).

Em razão do reconhecimento de repercussão geral ao caso, o tema foi tratado abstratamente e com maior, transcendendo a análise unicamente do pedido inicial e fixando vetores gerais sobre a judicialização da saúde.

A decisão proferida no AgRg na STA nº 175/CE, levando em consideração as experiências e dados apresentados na Audiência Pública nº 4 para fundamentar suas razões, fixou os seguintes parâmetros interpretativos sobre a judicialização da saúde:

**(i)** A primeira consideração a ser feita pelo magistrado é quanto à existência, ou não, de política estatal que abarque a prestação de saúde pleiteada. Assim, “se existe a política pública e a Administração Pública não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário

---

<sup>150</sup> AgRg na STA nº 175/CE, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 16 set 2023. O referido Agravo Regimental foi interposto pela União contra decisão da Presidência do STF que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada n. 175, formulado pela União contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que havia concedido a antecipação de tutela, a fim de que fosse imediatamente fornecido o medicamento.

não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento” (Revista de Direito Sanitário, 2016, p. 107);

**(ii)** Caso a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas do SUS, isto é, caso não exista política pública que abranja a prestação material requerida, será necessário verificar se isto se dá em razão de:

**(a)** uma omissão legislativa ou administrativa, hipótese em que sobressai a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde para concretizar o referido direito, desde que o medicamento possua registro na ANVISA, tendo em vista que o respectivo registro é uma garantia de segurança e eficácia do produto, verificada através de critérios científicos pautados na medicina baseada em evidências (MBE), sendo vedada, portanto, a dispensação de tratamento experimental (sem comprovação científica de sua eficácia). A decisão, todavia, deixa claro não se tratar de regra absoluta, havendo exceção contida na Lei nº 9.782/99, que determina que a própria ANVISA pode autorizar a importação de medicamento não registrado, dispensando-o de registro;

**(b)** uma decisão administrativa expressa no sentido de não fornecer aquela prestação, caso em que se deverá considerar:

**(b.1)** se o SUS fornece tratamento alternativo, que deverá ser privilegiado;

**(b.2)** se o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado para determinado paciente por condições médicas e biológicas específicas, hipótese em que o magistrado, em situações excepcionalíssimas, nas quais fica demonstrada a ineficácia das alternativas fornecidas pelo SUS, poderá conceder o fármaco pleiteado, desde que observados os critérios da medicina baseada em evidências.

**(c)** O magistrado deverá verificar, ainda, se não existe tratamento alternativo ao pleiteado judicialmente no SUS, mas existe tratamento (de caráter não experimental) eficazmente prestado pela iniciativa privada, ainda não incorporado pelo SUS, hipótese em que, demonstrada a necessidade, o fármaco deve ser concedido judicialmente, uma vez que a inexistência de protocolo pelo SUS não tem o condão de justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e aos da rede privada.

Em razão de o julgamento ora em comento não ostentar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante – apesar de sua inegável contribuição como vetor jurisprudencial que implementou importantes parâmetros racionais e objetos à celeuma da judicialização

da saúde – aos poucos foram se acumulando novas ações, com diferentes abordagens, acerca do tema, de forma que os Tribunais foram incitados a revisitar alguns pontos fixados no julgamento do AgRg na STA 175/CE.

Em 2018, o STJ decidiu, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não padronizados pelo SUS, tendo sido fixado o Tema 106 da sistemática dos recursos repetitivos, que determina que a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.<sup>151</sup>

Dessa forma, a investigação das circunstâncias pessoais do requerente, caso a caso, são de extrema pertinência para a outorga ou não do fármaco pleiteado.

No que diz respeito à jurisprudência do STF, a Corte flexibilizou a concessão de medicamentos não registrados na ANVISA, em 2019, no julgamento do Recurso Especial nº 657.718/MG (Brasil, 2019), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que foi fixada a seguinte tese de repercussão geral (Tema 500):

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As

---

<sup>151</sup> Tema Repetitivo nº 106 do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=106&cod\\_tema\\_final=106](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106). Acesso em: 16 set. 2023.

ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>152</sup>

Note, portanto, que, havendo mora imotivada da Agência Reguladora em analisar pedido de registro de medicamento, e preenchidos os requisitos cumulativos fixados pelo STF, poderá o Judiciário conceder o fármaco pleiteado, ainda que para uso *off-label*.<sup>153</sup>

A medida mostrou-se necessária uma vez que a morosidade do processo de análise pela ANVISA culmina em mais judicialização visando a concessão desses medicamentos.

Nos termos da Lei nº 13.441/16, que alterou a Lei nº 6.360/76, o prazo para a análise do pedido de registro do fármaco na ANVISA varia entre 90 e 365 dias, a contar da data do protocolo<sup>154</sup>, de forma que a morosidade desarrazoada estaria configurada, se ultrapassado o prazo legal.

Outro importante entendimento estabelecido no Tema 500 foi o de que a ANVISA, enquanto autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, integra a Administração Pública Federal, razão pela qual Estados e Municípios não podem ser responsabilizados pelos custos de eventuais fornecimentos de medicamentos nessa hipótese, haja vista que não possuem responsabilidade pela mora da Agência Reguladora. Como decorrência lógica, as ações que buscam o fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA devem ser, obrigatoriamente, movidas contra a União.

---

<sup>152</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 500** - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 16 set. 2023.

<sup>153</sup> O uso “off label” de um medicamento se refere ao seu uso de uma forma que difere daquela autorizada pelo órgão regulatório do país. Em outras palavras, significa que o medicamento está sendo empregado para uma finalidade terapêutica que não está especificada na sua rotulagem ou bula. Isso pode incluir o uso em uma faixa etária diferente da recomendada, em uma via de administração alternativa, com doses ou frequência de uso diferentes. Geralmente, isso ocorre quando não existem evidências científicas adequadas para respaldar determinado tipo de utilização do fármaco. (PAULA, C. S.; MIGUEL, O. G.; MIGUEL, M. D. Medicamento e o uso off label. *Visão Acadêmica*, v. 12, n. 2, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/academica/article/viewFile/25221/18181>. Acesso em: 16 set. 2023. p. 65).

<sup>154</sup> LEI Nº 13.411, DE 28 DE DEZEMBRO DE 2016. Artigo 12, §3º: Ressalvado o disposto nos arts. 17-A, 21 e 24-A, o registro será concedido no prazo máximo de noventa dias, a contar da data de protocolo do requerimento, salvo nos casos de inobservância, por parte do requerente, a esta Lei ou a seus regulamentos.

Ainda em 2019, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE, de relatoria do Ministro Luiz Fux, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.<sup>155</sup>

Vê-se, portanto, que a fixação dos temas 500 e 793 pelo STF suplantaram, em grande medida, as decisões que lhes antecederam acerca do fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA.

Frise-se, ainda, que foi afetado pelo STF o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, sob relatoria do Ministro André Mendonça, visando a fixação de tese de repercussão geral sobre o dever, ou não, do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo (Tema 6). Todavia, o referido recurso aguarda julgamento desde 2007.

Por oportuno, cabe destacar ainda o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5501, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ajuizada pela Associação Médica Brasileira (AMB) em face da Lei nº 13.269/2016, que autorizava a produção e o fornecimento pelo SUS da fosfoetanolamina sintética, conhecida como “pílula do câncer”, por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, em que pese a substância não tivesse registro na ANVISA.

Não obstante a falta de amparo científico, alguns médicos e pesquisadores passaram a difundir a crença de que a “pílula do câncer” seria capaz de curar todos os tipos de câncer, de forma que milhares de ações judiciais foram distribuídas perante o Poder Judiciário por pacientes esperançosos visando a dispensação da fosfoetanolamina sintética, até sobrevir decisão do STF suspendendo a distribuição da substância, ante a inexistência de estudos científicos que atestassem a segurança e eficácia da substância.

---

<sup>155</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/Repercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 16 set. 2023.

É importante notar que o caso em comento tem traços específicos em relação às demais ações de judicialização de políticas públicas de saúde. O que se debateu na ADI 5501/DF não foi o impacto de decisões judiciais no orçamento ou no desenho das políticas públicas, mas sim a regulação da saúde, isto é, a responsabilidade regulatória do Estado por produtos e tratamentos de saúde.<sup>156</sup>

Nesse sentido, a Procuradoria-Geral da República (PGR), em manifestação nos autos, consignou que a “Lei que cria regime excepcional de produção e dispensação de medicamentos, sem amparo científico e de forma casuística, ameaça a saúde pública e afronta a Constituição”.<sup>157</sup>

A ação foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da lei impugnada, em acórdão assim ementado:

SAÚDE – MEDICAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO – INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal.<sup>158</sup>

A importância do entendimento proferido pelo STF no julgamento da ADI 5501/DF reside na manifesta opção da Corte por privilegiar a imprescindibilidade de se observar os ditames da medicina baseada em evidências (MBE) para racionalizar as políticas em saúde no país.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Situação bastante semelhante ao caso da “pílula do câncer” ocorreu recentemente com a promulgação da Lei nº 14.648/2023, que autoriza a realização de ozonioterapia em todo o território nacional, flexibilizando sobremaneira o uso dessa prática, a despeito de qualquer comprovação científica quanto à sua segurança e eficácia e independentemente de regular aprovação da ANVISA e da CONITEC. A referida lei, todavia, ainda não foi impugnada pela via direta de inconstitucionalidade perante o STF.

<sup>157</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Manifestação na ADI 5501/DF**, em 22 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4966501>. Acesso em: 17 set. 2023.

<sup>158</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501/DF**, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 26 de outubro de 2020. Na fundamentação do acórdão, o Ministro relator consignou que: “ao dever do Estado de ofertar remédios contrapõe-se a responsabilidade de zelar pela qualidade e segurança dos produtos em circulação no território nacional, ou seja, atuar impedindo o acesso a certas substâncias. [...] A esperança que a sociedade deposita nos medicamentos, sobretudo aqueles destinados ao tratamento de doenças como o câncer, não pode se distanciar da ciência. Foi-se o tempo da busca desenfreada pela cura sem o correspondente cuidado com a segurança e eficácia dos fármacos utilizados. O direito à saúde não será plenamente concretizado se o Estado deixar de cumprir a obrigação de assegurar a qualidade de droga mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desengano, charlatanismo e efeito prejudicial”.

<sup>159</sup> Atualmente, os órgãos técnicos competentes para aferir a segurança e eficácia de tratamentos em saúde no país são a ANVISA e a CONITEC, vinculados ao Ministério da Saúde.

Um outro movimento de racionalização das decisões do Poder Judiciário que merece destaque foi promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou a Recomendação nº 31, de 30 de outubro de 2010, para recomendar aos Tribunais “a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde” (Conselho Nacional de Justiça, 2010)

A referida Recomendação destacou a necessidade de criação de convênios que disponibilizem apoio técnico por médicos e farmacêuticos aos magistrados para auxiliá-los na apreciação de demandas de saúde.<sup>160</sup>

Os Tribunais Estaduais e Federais foram gradualmente desenvolvendo mecanismos para a incorporação do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), um projeto do CNJ que “fornece às varas e câmaras do Tribunal notas e respostas técnicas com fundamentos científicos que auxiliam na análise de pedidos que envolvem procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos”.<sup>161 162</sup>

No entanto, em que pesem os esforços do Poder Judiciário para racionalizar suas decisões no âmbito da judicialização da saúde, já tivemos a oportunidade de demonstrar que as demandas que versam sobre prestações de saúde ao cidadão crescem cada vez mais; o parecer indica que as soluções adotadas pelo Poder Judiciário não estão sendo suficientes para conter a judicialização da saúde.

Isso ocorre porque – talvez por razões políticas e ideológicas – o foco dos debates acerca da judicialização da saúde, tanto no meio acadêmico quanto no das instituições estatais, permanece centralizado no Poder Judiciário, e não nos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo.

---

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Direito da saúde. Secretaria de Tecnologia da Informação do TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/NatJus#:~:text=O%20NAT%2DJus%20%C3%A9%20um,do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo>. Acesso em: 17 set. 2023. Em 2022, na 359ª Sessão Ordinária do CNJ, o plenário do Conselho aprovou a utilização do e-NATjus pela Justiça, que “tem a função de centralizar o trânsito de dados a respeito das solicitações e emissões desses pareceres, lastreados em medicina baseada em evidências” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aprovada regulamentação de utilização do e-NatJus pela Justiça. Agência CNJ de Notícias, 10 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-regulamentacao-de-utilizacao-do-e-natjus-pela-justica/#:~:text=O%20sistema%20e%2DNatjus%20%C3%A9,em%20medicina%20baseada%20em%20evid%C3%AAsncias>. Acesso em: 17 set. 2023).

<sup>162</sup> Dados recentes apontam, todavia, que as referências dos Tribunais aos NAT-Jus, em suas decisões, ainda são baixíssimas, aparecendo com uma frequência relativa de apenas 0,31% do total de decisões em segunda instância consultadas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). 2019. p. 136).

É imprescindível, pois, que haja uma *reorientação do debate*, para colocar sob os holofotes da discussão a verdadeira causa do número crescente de demandas de saúde que desaguam no Judiciário: a negligência, quando não a omissão, da Administração Pública em políticas de saúde, cuja gestão pífia deixa o cidadão, adoecido e fragilizado, sem outra opção senão tentar resguardar sua saúde e sua vida através de uma decisão judicial.

Apenas tendo clareza da causa, e sendo honestos quanto a isso tanto nos debates institucionais quanto nos debates científicos, é que poderemos traçar caminhos efetivos em busca das soluções.

Nas palavras de André Luiz Batista da Costa:

O que precisamos entender, no entanto, é que necessitamos de uma mudança de paradigma investigativo sobre os fenômenos causadores da judicialização da política no Brasil que, na maioria dos casos, acaba por focar seu objeto de estudo na pessoa do judicante ou nos institutos normativos que dão a essa classe de direitos a capacidade de serem cobrados judicialmente. (Costa, 2021, p. 47)

A narrativa de costumeiramente se desenvolve é aquela que coloca o Poder Judiciário como o grande vilão da democracia ao interferir de forma indevida, segundo os locutores dessa falsa narrativa, na gestão das políticas públicas de saúde, o que resultaria em uma suposta impossibilidade de a Administração Pública, a grande vítima dessa narrativa, gerir seus bens e seus recursos de forma adequada.

Essa narrativa é desonesta e precisa ser extirpada do debate sobre a judicialização de políticas públicas, sob pena de se continuar andando em círculos, procurando soluções nos lugares errados.

A única vítima da falha na prestação de políticas de saúde, evidentemente, é o cidadão, que rotineiramente vê violado direito fundamental seu. Não se está a dizer, de forma alguma, que o debate jurídico que procura conferir maior racionalidade e objetividade às demandas de saúde não é importante. Do contrário, é essencial. Todavia, apesar do papel fundamental que o Poder Judiciário vem exercendo, no sentido de efetivar o direito à saúde, a solução para a judicialização não será encontrada nas portas dos Tribunais, mas sim nas portas da Administração Pública.

O que se pretende enfatizar, conforme já discutimos aqui amplamente em momento anterior, é que a judicialização da saúde decorre da má gestão das políticas públicas de saúde, que resulta em absurdos desperdícios de bens materiais e

imateriais, fazendo com que a prestação adequada da política pública não alcance o cidadão, seu destinatário, como deveria.

Nesse sentido, o ponto central do debate precisa ser desviado da narrativa proposta pelo Estado, que busca justificar ou amenizar a responsabilidade por seus insucessos, atribuindo tal responsabilidade a uma suposta postura antiética e contrária aos interesses da coletividade por parte dos julgadores ou por parte dos próprios judicantes.

Ocorre que não cabe precipuamente ao Poder Judiciário, tampouco ao judicante, a obrigação de formular políticas sociais e econômicas eficazes para concretizar a saúde dos cidadãos; essa obrigação é de incumbência da Administração Pública, que falha reiteradamente no seu dever.

A obrigação do Judiciário é apurar se as políticas públicas instituídas pelos órgãos competentes atendem aos ditames da Constituição Federal, cabendo ao Judiciário, quando provocado, reorientar a atuação estatal sempre que esta se desviar dos preceitos constitucionais, que não admitem ao administrador públicos preterir a concretização dos direitos fundamentais sobre outras escolhas.

Luciano Benetti Timm faz importante reflexão acerca da judicialização das políticas públicas:

O Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios como a demanda, o contraditório, a ampla defesa) não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas [...]. (Timm; Sarlet, 2010, p. 59)

No entanto, conclui o autor que

Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente da tributação). (Ibidem)<sup>163</sup>

Isso significa que a judicialização da saúde só vai encontrar soluções substanciais quando o Poder Executivo implementar e executar políticas públicas sérias, com planejamento e gestão adequadas, transparência e canais eficientes de comunicação com o cidadão, boa coordenação e comunicação interna e externa entre

---

<sup>163</sup> *Ibidem*.

os órgãos e Entes envolvidos naquela política, enfim, adotando medidas de boa governança.

Ao Poder Legislativo, é imprescindível a boa interlocução com o Poder Executivo para viabilizar as políticas públicas em saúde, além de ser necessário que se faça uma reforma legislativa no âmbito sanitário para desburocratizar e facilitar a atividade dos administradores públicos.

Antes disso, por óbvio, é necessário que o Poder Legislativo edite uma norma constitucional e adequada para o financiamento da saúde no país, tendo em vista que, enquanto estiver em vigor a EC 95/16, que congelou os gastos públicos em saúde e agravou sobremaneira o quadro de subfinanciamento do SUS, colocando o financiamento da saúde pública *abaixo* do *mínimo* constitucional, estaremos em estado permanente de inconstitucionalidade quanto ao financiamento da saúde.

Registre-se que por solução *adequada* entende-se não apenas que o patamar de financiamento da saúde deve voltar aos parâmetros constitucionais, mas que cabe aos legisladores a adoção de soluções para balancear os prejuízos de todos esses anos de subfinanciamento a que a saúde pública está submetida.

Em suma, na medida em que crescem os investimentos na área e que a Administração Pública aumentar a seriedade na gestão da saúde, tanto com ampliação quanto com aprimoramento dos atendimentos, o nível de intervenção do Poder Judiciário, que hoje é indispensável, tende a diminuir proporcionalmente, uma vez que o Judiciário será cada vez menos provocado pelo cidadão.

### **7.3 LEGITIMIDADE, PONDERAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA: OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Os Poderes Legislativo e Executivo têm falhado historicamente em sua missão de concretizar o direito à saúde, perpetuando a situação de subfinanciamento e má-gestão da saúde pública.

É nesse contexto que a atuação do Poder Judiciário tem sido essencial para a promoção do direito à saúde, realizando os objetivos constitucionais e dividindo com os demais poderes a responsabilidade de construir uma sociedade mais justa e igualitária, tal como ordenado pelo constituinte originário no artigo 3º, incisos I e III, da Constituição Federal.

Todavia, não são poucos os que argumentam que o Poder Judiciário não seria órgão legítimo para atuar na concretização do direito fundamental à saúde, tendo em vista que a concretização dos direitos sociais prestacionais envolve decisões alocativas dos demais Poderes na implementação de políticas públicas, que estariam fora, de forma que, diante da omissão ou da prestação insuficiente dos Poderes Executivo e Legislativo, deveria o Judiciário cruzar os braços e torcer para que o problema (de ordem constitucional) se resolvesse dentro das instâncias dos poderes eletivos.

Assim, o argumento central aventado por aqueles que procuram afastar o Poder Judiciário de sua vertente substantiva no controle de políticas públicas, sob a ameaça de “hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político” (Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2005, p. 39), reside na suposta falta de legitimidade do judiciário para tanto, tendo em vista que seus membros não foram eleitos e, portanto, não se investem na condição de representar a vontade da maioria.

Sob essa perspectiva, a atuação da justiça constitucional seria, portanto, antidemocrática. No entanto, a democracia não se resume ao seu aspecto formal ou à vontade da maioria, possuindo um aspecto material e conteudista (substantivo) que gravita em torno dos valores democraticamente estabelecidos pela sociedade, encontrando-se dentro desta materialidade a proteção aos direitos fundamentais.

Assim, o aspecto material da democracia deve ser levado em conta na análise da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, haja vista que, no atual contexto histórico brasileiro, em que vigora o Estado Democrático de Direito, a Constituição é a norma superior do ordenamento, de forma que seu conteúdo substantivo informa e determina todo o sistema jurídico em conformidade com os valores democraticamente estabelecidos pela sociedade, que espelharam as escolhas do constituinte originário. (Revista da Faculdade de Direito, 2019, p. 3)

O aspecto formal da democracia isoladamente considerado, portanto, não é suficiente para apontar por uma suposta ausência de legitimidade da jurisdição constitucional<sup>164</sup>, uma vez que a democracia, além de um governo da maioria,

[...] pretende o respeito às normas fundamentais criadas pela sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, em que se respeita a vontade popular e o próprio Estado se submete às normas jurídicas,

---

<sup>164</sup> É dizer: a legitimidade democrática não se reduz à representação popular ou à decisão com base na vontade da maioria transitória.

a sociedade não caminha sem rumo ou ao desejo de maiorias eventuais, pois existem normas que apontam para a manutenção de uma qualidade social que se pretendeu no passado. (Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2019, p. 3)

Todas estas normas são manifestadas pelo constituinte originário.

Nesse sentido, em regimes em que a própria Constituição conferiu ao Poder Judiciário a guarda das escolhas por ela positivadas, a discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é infrutífera, se reduzida ao âmbito da democracia formal.

Do contrário, tomando-se a democracia pelo seu aspecto material (conteudista), a discussão sobre a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional deve ser no sentido de se questionar se o Poder Judiciário atuou com respaldo normativo para concretizar as normas constitucionais.<sup>165</sup>

André Ramos Tavares aponta que:

[...] Nessa medida, todos os “poderes” são democráticos, já que procedem de um mesmo ato de soberania popular, que é a aprovação de uma específica ordem constitucional, e isso independentemente da estrutura final que se crie entre esses “poderes”. (Tavares, 2005, p. 499)

Assim, em que pese a jurisdição constitucional não ser composta por membros eleitos pela maioria (eventual), sua atuação goza de legitimidade democrática sempre que pautada na proteção e na implementação da democracia material, cuja materialidade alberga toda a proteção que a Constituição confere aos direitos fundamentais.

Frise-se que a vontade do constituinte originário corresponde à vontade política da “maioria permanente” no ordenamento jurídico por ele inaugurado, isto é, o Poder Constituinte é a verdadeira instância popular de poder.

Assim, se um dos fundamentos da jurisdição constitucional é justamente impedir que a vontade da Carta seja modificada pela vontade da maioria eventual representada no Congresso, e se isso importa a adoção de posturas contramajoritárias, em face das ações ou omissões dos demais Poderes, em descompasso com a Constituição, “não se deve estipular a escolha dos juízes constitucionais por um processo majoritário em que os mesmos sejam submetidos a

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 7.

todas as espécies de pressões e lobbys idênticos aos que normalmente ocorrem na escolha dos membros eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo”.<sup>166</sup>(Revista da AGU, 2012, p. 94)

Nesse contexto, Luis Roberto Barroso assevera que a democracia em sentido material, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. (Barroso, 2013, p. 63)

Frise-se, ainda, que a legitimidade do Judiciário para decidir sobre a implementação no plano concreto do direito à saúde é institucional, uma vez que decorre da própria Constituição Federal, uma vez que o texto constitucional dispôs expressamente que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (artigo 102 da Carta Constitucional), e consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição (proibição do *non liquet*), em seu artigo 5º, inciso XXXV, que determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Assim, uma vez violado o direito à saúde, seja por omissão, seja pela prestação insuficiente de seu conteúdo ao cidadão ou à coletividade, não restará ao Poder Judiciário, enquanto defensor da Constituição Federal, outra alternativa senão a tutela desse direito.

Todavia, o exercício da jurisdição no âmbito da concretização de direitos fundamentais sociais não pode ser arbitrário e ilimitado. Assim, não basta que o Judiciário detenha legitimidade democrática e institucional para decidir sobre direitos sociais. O Judiciário também deve se legitimar pelo procedimento, ou seja, a decisão judicial deve ser construída à luz do devido processo legal, respeitando todas as regras e princípios que o envolvem, especialmente o contraditório e a ampla defesa.

Mas ainda não é suficiente uma decisão proferida por órgão legítimo, dentro de um procedimento legalmente previsto. Para ser legítima, a decisão também deve ser materialmente adequada à luz dos preceitos constitucionais.

Afinal, “quem exerce o poder legitimamente assumido deve fazê-lo de modo a legitimar-se.” (Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, 2007, p. 19)

Nesse sentido, a fundamentação da decisão deve ser coerente, racional e refletir os valores e objetivos positivados na Carta Constitucional. O ônus de fundamentar suas decisões pelo e para o Direito é inafastável ao exercício da

---

<sup>166</sup> MORAIS, D. S. Democracia e Direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição Constitucional Democrática. **Revista da AGU nº 34**, 2012. p. 84. p. 90.

jurisdição, sobretudo porque o ordenamento jurídico pátrio rege-se pelo sistema do livre convencimento *motivado* ou da persuasão *racional*.

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde, já tivemos a oportunidade de demonstrar que tais direitos são normas jurídicas principiológicas que positivam valores atrelados à ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, como bem observado por Daniel Sarmento:

Pela própria estrutura aberta e flexível dos princípios, que não possuem um campo de incidência rigidamente delimitado, torna-se por vezes muito árdua, senão impossível, a tarefa de estabelecer *a priori* as fronteiras dos seus âmbitos normativos com seus congêneres. (Sarmento, 2001, p. 39)

Nesse sentido, sempre que estiver diante de um caso envolvendo direitos fundamentais, a fundamentação jurídica, que confere legitimidade material à atuação do Poder Judiciário, deverá observar o método da ponderação de bens, que tem como instrumento racionalizador a regra da proporcionalidade.

Em outras palavras, em matéria de direitos fundamentais, é a aplicação do método da ponderação, através da regra da proporcionalidade<sup>167</sup>, que confere racionalidade à argumentação do intérprete.

---

<sup>167</sup> Adotaremos a expressão “regra da proporcionalidade” em detrimento de “princípio da proporcionalidade”, em consonância com a posição de Virgílio Afonso da Silva, para quem “[o] chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações [...] não entra em conflito com outras normas-princípios, não é concretizado em vários graus ou aplicado mediante criação de regras de prevalência diante do caso concreto, e em virtude das quais ganharia, em alguns casos, a prevalência”. (SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, p.23-50, 2002. p. 25). O autor reconhece, todavia, que o emprego do termo “princípio” pretende conferir a importância devida ao instituto, ainda que, “na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”. (*Ibidem*, p. 26). Ricardo Lobo Torres entende de forma diversa. No entendimento de Lobo Torres, a ponderação tornou-se um verdadeiro princípio jurídico, que proclama a realização do “estado de coisas resultado da ponderação”. O autor afirma que “o Estado moderno é um Estado de Ponderação (*Abwägungsstaat*), seu direito constitucional é impregnado pela ponderação (*Abwägung*), sob a ideia diretiva (*Leitidee*) de uma distribuição otimizada de liberdade (*Freiheit*), de funções estatais (*staatlichen Funktionen*) ou de alocação otimizada de recursos (*von optimaler Ressourceallokation*)”. (TORRES, R. L. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. *In*: \_\_\_\_ (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 426).

Em que pese a regra da proporcionalidade não esteja positivada no ordenamento jurídico brasileiro<sup>168</sup>, sua aplicação encontra fundamento na própria estrutura dos direitos fundamentais.

Virgílio Afonso da Silva elucida que:

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...] admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação. (Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44)

Nas palavras de Alexy:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. (Revista de Direito Administrativo, 1999, p. 75)

Como já dissemos, é a regra da proporcionalidade que confere racionalidade ao método da ponderação. A referida regra, como forma de controle de atos restritivos de direitos fundamentais, foi desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Trata-se de regra com estrutura racionalmente definida, que importa na análise, em uma ordem pré-definida, de três sub-regras independentes: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.

Antes de adentrar na análise individual de cada sub-regra da regra da proporcionalidade, é fundamental destacar que, conquanto a referida regra tenha sido estruturada, em sua versão clássica, como instrumento de proibição do excesso, “segundo o qual os atos dos poderes públicos – sejam legislativos, sejam administrativos – não poderiam ameaçar de forma excessiva, ou seja, em desproporcional, os direitos fundamentais dos indivíduos” (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 77).

---

<sup>168</sup> Willis Santiago Guerra Filho e Paulo Bonavides tem entendimento diverso. Para os autores, a regra da proporcionalidade decorre do regime e dos princípios previstos na Constituição Federal, de forma que sua aplicação encontra fundamento no artigo 5º, §2º, da Carta Constitucional.

Todavia, vem ganhando cada vez mais importância a aplicação da regra da proporcionalidade para finalidade oposta, ou seja, como instrumento contra a omissão ou a ação insuficiente dos poderes estatais. Trata-se, nessa seara, da utilização da regra da proporcionalidade como instrumento de *proibição da insuficiência*.<sup>169</sup>

Essa dimensão da regra da proporcionalidade assume especial relevância no âmbito da efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando se discute a alocação de recursos pelo Estado, na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal” Amaral, 2001, p. 208).

Nesse cenário, o Poder Judiciário terá ao seu alcance a regra da proporcionalidade a fim de averiguar se, no caso submetido à cognição racional do Judiciário, a escassez de recursos alegada pelo Estado é artificial ou não, avaliando “se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 207).

Não se pode perder de vista, como bem alerta Olsen, que:

Já que a reserva do possível atua como verdadeira restrição aos direitos fundamentais a prestações, ela deverá ser ponderada tal como elemento em conflito com o princípio que determina, *prima facie*, ao Estado o cumprimento de determinada prestação. (Olsen, 2007, p. 299)

Ainda segundo a autora:

Portanto, o argumento da escassez de recursos deverá ser investigado a fundo quando confrontado com a realização de um direito fundamental social prestacional. A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência se mostra como um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação restritiva do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir que prestações determinadas pela Constituição sejam negligenciadas.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> Tudo indica que o termo foi usado pela primeira vez pelo alemão Claus-Wilhelm Canaris e ganhou relevância na jurisprudência alemã com a segunda decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o aborto, conforme BVerfGE 88, 203 [245]. (SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, p.23-50, 2002. p. 27).

<sup>170</sup> *Op. Cit.* p. 335.

Debrucemo-nos, então, ao estudo das sub-regras da proporcionalidade, que, como já dito, devem ser analisadas em uma ordem pré-definida, de forma que a análise da adequação deve preceder a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, “a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade, em sentido estrito, só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade” (Revista dos Tribunais, 2002, p. 34).

A sub-regra da adequação, a primeira a ser empregada na análise do caso concreto através do método da ponderação, limita-se ao exame da aptidão da medida em análise para fomentar os objetivos visados.

Na doutrina de Virgílio Afonso da Silva:

Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. [...] uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que "o objetivo legítimo pretendido seja alcançado *ou pelo menos fomentado*". Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.<sup>171</sup>(grifos do autor)

Nesse sentido, por exemplo, determinar a internação de uma pessoa adulta portadora de câncer em nível avançado, em uma UTI neonatal não resistiria ao teste da adequação, uma vez que a UTI neonatal não possui os meios necessários para promover a saúde de um paciente adulto com esse quadro clínico.

De outro turno, determinar a internação desse mesmo paciente em uma UTI particular para adultos, localizada em Nova Iorque, em que pese poder não resistir aos testes da necessidade e/ou da proporcionalidade em sentido estrito, mostra-se adequada, uma vez que tal medida é capaz de fomentar o objetivo visado, qual seja, o tratamento da neoplasia maligna que acomete o paciente, fomentando a preservação de sua saúde.

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 36/37.

Se a medida em análise for considerada adequada, passará em seguida pelo teste da necessidade. Mais uma vez nos socorremos das lições Virgílio Afonso da Silva, que ensina que:

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária.<sup>172</sup>

Note que a fórmula de otimização acima, conhecida como eficiência de Pareto<sup>173</sup>, é mais adequada quando o emprego da ponderação se dá no sentido de proibir o excesso dos atos estatais.

No âmbito da vedação à proteção insuficiente de um direito fundamental, a análise das medidas concretas que podem ser utilizadas para o fomento desse direito é melhor verificada através do emprego da seguinte fórmula:

Se para o fomento do princípio P1, há duas medidas estatais, M1 e M2, que são igualmente adequadas para esse fim, mas M1 restringe um outro direito fundamental P2, é de se admitir que a otimização desse princípio P2 exija que seja empregada a medida M2.<sup>174</sup>

Cumprir chamar a atenção para o fato de que, enquanto o exame da adequação é um exame absoluto (apenas se analisa se determinada medida é ou não é capaz de fomentar o objetivo com ela perquirido), o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo.

Na análise da necessidade de uma medida, deve-se comparar a medida submetida ao teste da necessidade com outras medidas que possam, igualmente, satisfazer o mesmo objetivo, mas restringindo em menor intensidade outros direitos fundamentais.

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>173</sup> A fórmula foi proposta pelo sociólogo e cientista político italiano Vilfredo Pareto (Cf. SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** 798, p. 23-50, 2002. p. 38).

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 44.

Em outras palavras, ainda que diversas medidas possam ser igualmente *adequadas* para garantir determinado direito fundamental, o teste da necessidade exige o cotejo entre essas medidas, para se verificar qual delas importa menor restrição a outros direitos fundamentais, ou seja, qual delas é *necessária*.

Tomemos como exemplo o mesmo paciente acometido por câncer em nível avançado. Em que pese a internação do paciente, custeada pelo Poder Público, em um hospital localizado em Nova Iorque seja adequada, tal medida não resistiria ao teste da necessidade, caso restasse comprovado que existem outros hospitais, localizados em território nacional, que realizam tratamento de câncer de forma igualmente eficaz.

Caso se verifique que uma medida é adequada e necessária para promover determinado direito fundamental, será necessário ainda um terceiro exame para que ela possa ser considerada proporcional. Trata-se do exame da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da justa medida, “que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.<sup>175</sup>

Trata-se, portanto, de pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim pretendido.

Na lição de Virgílio Afonso da Silva, para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito:

Basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.<sup>176</sup>

Para ilustrar a aplicação da sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito, imagine que um paciente com doença cardíaca crônica pleiteie do Poder Público a imediata realização de transplante de coração. Nos termos previstos pela regra da proporcionalidade, a medida seria, sem dúvidas, adequada e necessária, uma vez que

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 41.

promove a realização do fim almejado (tratamento da doença) e, embora existam tratamentos alternativos para o tratamento de doenças cardíacas crônicas, nenhuma dessas alternativas teria a mesma eficácia que a medida citada.

No entanto, como se sabe, existe uma fila de espera para transplantes que deve ser observada para evitar favorecimentos, uma vez que a disponibilidade de órgãos para serem transplantados é bastante limitada. Dessa forma, uma decisão judicial que determinasse ao Poder Público a imediata realização do transplante ao requerente, sem observar a fila de espera, certamente não resistiria ao teste da proporcionalidade em sentido estrito, pois o benefício alcançado com a medida sacrificaria sobremaneira o direito à saúde e à igualdade de inúmeros outros pacientes.

O método da ponderação, portanto, é um instrumento importante de racionalização das decisões do Poder Judiciário, na medida em que permite verificar a validade material dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo e, ao mesmo tempo, possibilita a verificação da legitimidade material da própria decisão proferida pelo Judiciário, pois permite a assimilação do conteúdo decisório (e, portanto, seu controle) por seus pares e pela sociedade como um todo.

O método da ponderação, nesse sentido, caracteriza verdadeiro limite à atividade jurisdicional, uma vez que o juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve fazê-lo de forma adequada, necessária e proporcional, em sentido estrito, fundamentando sua ordem de forma racional e coerente.

Nas palavras de Olsen:

Nestas condições, não basta afirmar que determinada prestação estatal é proporcional, ou atende à proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência. É preciso demonstrar exhaustivamente por que razão isso se verifica. (Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2006, p. 328)

É fundamental garantir que o processo decisório da justiça constitucional seja o mais transparente possível, com o objetivo de criar condições para um debate crítico mais eficaz, especialmente entre as instituições democráticas, bem como para permitir que a sociedade civil atue efetivamente como partícipe na interpretação constitucional, podendo refletir criticamente sobre questões constitucionais que dizem respeito a todos os cidadãos.

Do contrário, “os motivos pelos quais a autoridade judiciária é exercida tornam-se encobertos, desvirtuando-se o debate e a crítica pública às decisões, o que abre margem a abusos e inviabiliza a necessária limitação ao exercício do poder por parte dos juízes” (Gonçalves, 2016, p. 57)

Nesse ponto, não se pode deixar de fazer uma contundente crítica ao STF, que comumente se socorre da regra da proporcionalidade de forma meramente retórica, e não sistemática, o que torna a fundamentação da decisão proferida pela Corte meramente aparente.

Quando recorre ao método da ponderação, a Corte não se preocupa em aplicar a regra da proporcionalidade de maneira estruturada, limitando-se a citá-la sem maiores justificativas. Usando o julgamento do HC 76.060-4 como exemplo, Virgílio Afonso da Silva alerta que:

Apesar de salientar a importância da proporcionalidade "para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais", o Tribunal não parece disposto a aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. Na decisão, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade. Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. (Revista dos Tribunais, 2002, p. 31)

A crítica do autor continua, denunciando que, em várias decisões do STF em que se recorre à regra da proporcionalidade, não há como saber se o ato impugnado foi considerado inadequado, desnecessário ou desproporcional em sentido estrito pela Corte, uma vez que o STF não procede a esses exames de forma concreta e isolada e, assim, não permite a exata compreensão do raciocínio adotado pelos julgadores, quais os passos trilhados para chegar à decisão final.<sup>177</sup>

É certo que o STF, ou qualquer outro Tribunal que compõe a estrutura do Poder Judiciário, não está obrigado a adotar, necessariamente, o método da ponderação no exercício de sua cognição. O que se cobra, todavia, é que as decisões do Judiciário sejam sempre racionais, coerentes e adequadamente fundamentadas, sobretudo quando se trata da concretização de direitos fundamentais sociais.

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 34.

É dizer: a atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais, dentre os quais se encontra o direito à saúde, será legítima sempre que o exercício da jurisdição constitucional afirmar os comandos e os valores esculpidos na Carta Maior, não podendo a atividade jurisdicional, todavia, se eximir do dever inafastável de fundamentação, permitindo à sociedade e às demais instituições a compreensão do exato sentido e extensão da ordem emanada.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração explícita do direito à saúde, dentre uma extensa gama de direitos fundamentais, representa uma importante conquista no marco constitucional brasileiro e na ordem jurídica instaurada pela Constituição democrática de 1988.

A positivação do direito à saúde não decorre apenas de reivindicações feitas no âmbito de movimentos sociais (como o Movimento da Reforma Sanitária), mas também reflete a opção explícita do Constituinte Originário por uma ordem de valores que tem a dignidade da pessoa humana em seu cerne.

Sob a ótica do neoconstitucionalismo e da força normativa da Constituição, as normas constitucionais contêm comandos dotados de força jurídica, e não apenas moral, de forma que sua inobservância pode deflagrar um mecanismo de coação, isto é, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, atributo essencial da norma jurídica. (Barroso, 2005, p. 240)

Depreende-se, portanto, que o fornecimento adequado de tratamento à saúde é serviço público essencial, devendo compreender todos os meios materiais possíveis e adequados à busca da concretização do direito à saúde. Dessa forma, à Administração Pública não é dado o poder discricionário de concretizar ou não políticas públicas direcionadas à saúde, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu artigo 196<sup>178</sup> (Brasil, 1988), expressamente atribuiu ao Poder Público o dever de promover esse direito fundamental.

Insta salientar, ainda, que o valor da dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III)<sup>179</sup> (Brasil, 1988), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, de forma que o direito fundamental à saúde é corolário da dignidade humana. Isto porque o Estado deve dispor de meios que garantam uma existência digna ao indivíduo, e assim o é o direito à saúde: em outras palavras, qualidade de vida.

---

<sup>178</sup> 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.*

<sup>179</sup> Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]*

Ademais, o direito à saúde, enquanto direito fundamental social, é um direito subjetivo público, de forma que, como resultado prático da adoção desta concepção, o cidadão está autorizado a exigir imediatamente perante o Judiciário os reflexos do direito social no mundo concreto.

Do exposto, depreende-se que a saúde depende de prestações materiais e de adequado suporte legislativo para sua concretização. Ademais, a efetivação do direito à saúde depende de melhor interlocução entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, de modo a definir com clareza os atores envolvidos na questão, suas competências e possibilidades.

Porém, a despeito do dever do Estado de realizar ações destinadas à efetivação do direito à saúde, a realidade brasileira é marcada pelo crescente *déficit* na prestação de serviços de saúde — conjuntura que ganhou contornos ainda mais dramáticos após a crise instaurada pela pandemia de Covid-19 — de forma que o Poder Judiciário tem sido provocado constantemente a tutelar demandas cujo objeto é a concretização desse direito.

É evidente, portanto, que o Estado brasileiro não tem cumprido seu papel e, conseqüentemente, há reiteradas violações aos mandamentos constitucionais.

Restou demonstrado que a constitucionalização dos direitos fundamentais não é, por si só, a causa da crescente judicialização da saúde pública. A principal causa para o aumento desse fenômeno reside na negligência e na ineficiência dos Poderes Legislativo e, principalmente, Executivo, na concretização do direito à saúde.

A má-gestão das políticas públicas e dos recursos públicos destinados à implementação da saúde resulta em desperdícios destes recursos e, como consequência direta, uma menor margem de recursos financeiros aplicados que de fato serão revertidos em prestações de saúde à população. A falta de transparência e comunicação clara entre a administração pública e os cidadãos também contribui para o aumento significativo de demandas que desembocam no Poder Judiciário.

Demonstrou-se que, muitas vezes, o problema está na gestão ineficiente das políticas públicas existentes, e não na inexistência delas. A falta de planejamento, coordenação, transparência e comunicação na gestão das políticas de saúde é patente e resulta na ineficiência dos serviços prestados ao cidadão.

Nesse contexto, não se pode esperar outra coisa do cidadão, senão que ele volte todas as suas forças à proteção de sua saúde e, não raras vezes, de sua vida, utilizando-se, para tais efeitos, de todos os meios que lhe forem possíveis, sendo o

mais evidente deles a tutela jurisdicional. O Poder Judiciário, por sua vez, não pode omitir-se no seu dever constitucional de garantir a concretude da Constituição Federal.

Neste diapasão, o Poder Judiciário encontra-se em posição favorável para promover a concretização do direito à saúde, tendo em vista a possibilidade de sua provocação por um cidadão que tenha seu direito violado em virtude da omissão ou atuação insuficiente do Poder Público, estando o Judiciário apto a questionar e corrigir determinada disfuncionalidade dos Poderes representativos.

Logo, a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública, em processos individuais ou coletivos, para que forneça medicamentos, insumos e tratamentos de saúde em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde, para que este direito fundamental não se converta em mera promessa política vazia e inconsequente e para que o Poder Público não se converta em agente de uma realidade social opressiva e excludente.

Todavia, ainda que a atuação do Poder Judiciário seja, atualmente, essencial e inafastável para a garantia do direito à saúde, é certo que não cabe ao judiciário a execução eficiente de políticas públicas, razão pela qual urge a necessidade de se reorientar o debate acerca da judicialização da saúde, para colocar no centro do debate a principal fonte do problema, qual seja, a má-gestão de políticas públicas.

Enquanto o debate se concentrar no sintoma (a judicialização), em detrimento da causa (a má-gestão), ou tratar de maneira apenas subjacente a verdadeira e principal causa da excessiva judicialização da saúde, o problema persistirá, e continuaremos dando voltas e mais voltas em discussões infrutíferas, enquanto os excluídos do sistema de saúde pública vão sendo vitimados aos montes com o que tem de mais valioso: sua saúde e sua vida.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, V. **Perda de insumos do Ministério da Saúde soma R\$ 2 bilhões desde 2019**. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 27 de abril de 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-04/perda-de-insumos-do-ministerio-da-saude-soma-r-2-bilhoes-desde-2019>.

ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, 2014.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Boletim COVID-19: saúde suplementar**. Jun. de 2020. Disponível em [http://www.ans.gov.br/images/Boletim\\_COVID-19\\_ANS\\_Junho\\_Link.pdf](http://www.ans.gov.br/images/Boletim_COVID-19_ANS_Junho_Link.pdf).

AGRA, W. M. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de direito Administrativo**, v. 217, p. 67-79, 1999. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47414>.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**, 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, R. Teoria dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2008. *In*: CARDOSO, I. L.; CUNHA, J. R. A. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016 out./dez, 5(4):9-26. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250>.

ALMOND, G.; COLEMAN, J. S. The Politics of Developing Areas. 1960. pp. 26; 58. *In*: QUEIROZ, C. M. M. **Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990.

ÁLVARES, J. *et al.* Acesso aos medicamentos pelos usuários da atenção primária no Sistema Único de Saúde. **Revista de Saúde Pública**, v. 51, 2017. p. 2. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/8YvWPwQsXhhGRVrNqtPbfpJ/?Lang=pt>.

ALVIM, D. P. A. A implicação criativa na jurisdição constitucional: realidade inconfessa à espera de um controle. *In*: ROCHA, L. R. L.; BARROSO, R.; PINTO, G. R. (Coords); CORREIA, D. B. R.; ROSSITER, M. F. C.; BASTOS, R. V. F. (Orgs) **Caderno de pós-graduação em direito: neoconstitucionalismo**. Brasília: UniCEUB: ICPD, 2018.

ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**, 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AMARAL, G. Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes. *In*: TORRES, P. L. (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015.

BARCELLOS, A. P. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2006.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, A. P. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, A. P. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: NETO C. P. S; Sarmento D (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008:803-826. In CARDOSO, Itala Lopes; CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016 out./dez, 5(4):9-26, p. 13. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250>.

BARAK, A. **The judge in a Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BARBOSA, C. M.; ROCHA, L. B. A. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: v.5, 2015.

BARRETO, J. L. *et al.* Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 3, p.536-552, jul./set., 2013.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista jurídica da presidência**, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2018.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009. p. 4. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso .pdf](https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf).

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, L. R. (2012). **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** (*SYN*)*THESIS*, 5(1), 23–32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433>.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. abr/jun. 2005. n. 240. Rio de Janeiro. Disponível em: [https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view File/43618/44695](https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/File/43618/44695).

BIASETTO, D. Combate à Covid-19 em aldeias indígenas não saiu do papel cinco meses após decisão do STF, aponta Apib. **O Globo**. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/combate-covid-19-em-aldeias-indigenas-nao-saiu-do-papel-cinco-meses-apos-decisao-do-stf-aponta-apib-24790238>.

BIEHL, J. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of health and metamorphosis of biopolitics. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, p. 77-105, 2016.

BITENCOURT, C. M. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 213-244, 2014.

BOING, A. C.; BERTOLDI, A. D.; BOING, A. F.; BASTOS, J. L.; PERES, K. G. Acesso a medicamentos no setor público: análise de usuários do Sistema Único de Saúde no Brasil. Rio de Janeiro: **Caderno de Saúde Públicas**. vol. 29 n. 4, 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2013000400007](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000400007).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29**, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm).

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86**, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm).

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos

serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm).

BRASIL. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1999/lei-9882-3-dezembro-1999-369889-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo,102%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.&text=Observa%C3%A7%C3%A3o%3A%20Vide%20ADI%20n%C2%BA%202.231%2F2000>.

BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Avaliação**. Pernambuco: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9434.pdf>.

BRASIL. STF. **ADPF nº 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29/4/2004. **Diário da Justiça**. 04/05/2004.

BRASIL. STF. **ADPF n.º 668/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

BRASIL. STF. **ADPF n.º 669/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 07.05.2020, publicado em 11.05.2020.

BRASIL. STF. **ADPF n.º 709/DF**. Rel. Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020, publicado em 12.08.2020.

BRASIL. STF. **ADPF n.º 756/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Liminar deferida em parte em 15.01.2021.

BRASIL. STF. **ADI n.º 6.586/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

BRASIL. STF. **ADI n.º 6.587/DF**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2020, publicado em 05.02.2021.

BRASÍLIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Auditoria de Regularidade nº 3848/2015**. Relatório de Levantamento Preliminar de Auditoria. 2015. Disponível em: <https://etcdf.tc.df.gov.br/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal&nproc=3848&anoproc=2015>.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Os direitos fundamentais nas modernas constituições: Análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira. **Revista do Direito**, n. 28, p. 113-130, 2007.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de fiscalização financeira e controle – cffc. Proposta de fiscalização e controle nº 86, DE 2016. **Relatório Final**. Brasília, 03 de

julho de 2019. p. 1-3. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop\\_mostrarintegra?codteor=1773448](https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=1773448).

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Tese (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p. 378. 2012. Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>.

CAMPOS NETO, O. H. *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de saúde pública**, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.

CARDOSO, A. *et al.* **A conta do desmonte**: balanço do Orçamento Geral da União 2021. Brasília: INESC, 2021. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/en/acontadodesmonte/>.

CARDOSO, I. L.; CUNHA, J. R. A.. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016 out./dez, 5(4):9-26, p. 17. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250>.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. *In*: ESPÍNDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. São Paulo: Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aprovada regulamentação de utilização do e-NatJus pela Justiça. **Agência CNJ de Notícias**, 10 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-regulamentacao-de-utilizacao-do-e-natjus-pela-justica/#:~:text=O%20sistema%20e%2DNatjus%20%C3%A9,em%20medicina%20baseada%20em%20evid%C3%AAncias>. Acesso em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aprovada regulamentação de utilização do e-NatJus pela Justiça. Agência CNJ de Notícias, 10 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-regulamentacao-de-utilizacao-do-e-natjus-pela-justica/#:~:text=O%20sistema%20e%2DNatjus%20%C3%A9,em%20medicina%20baseada%20em%20evid%C3%AAncias>.

CEPEDISA; CONECTAS Direitos Humanos. **Direitos na pandemia**. Boletim nº 10. São Paulo, 2021.

CARDOSO, I. L.; CUNHA, J. R. A. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. 2016 out./dez, 5(4):9-26. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250>.

CARLOS NETO, D. **Judicialização da Saúde Pública**: uma análise contextualizada. 2ª ed. – revisada e ampliada. Porto Velho/RO: Editora Motres, 2018.

CARVALHO, S. N. **Processos coletivos e políticas públicas**: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

CESCR. **General Comment No. 14**: The right to the highest attainable standard of health (Art. 12 of Covenant), UN Doc. E/C.12/2000/4, 2000, Para 4.

CHIEFFI, A. L.; BARATA, R. B. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 25, p. 1839-1849, 2009.

CLÈVE, C. M. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 3, Ago/2011. **Revista dos Tribunais Online**. Disponível em: [https://www.academia.edu/12141687/A\\_etic%C3%A1cia\\_dos\\_direitos\\_fundamentais\\_sociais](https://www.academia.edu/12141687/A_etic%C3%A1cia_dos_direitos_fundamentais_sociais).

CONTE, D.; BAHIA, L.; CARVALHO, E. L.; CARDOSO, A. M; SOUZA, P. M. **Oferta Pública e Privada de leitos e acesso aos cuidados à saúde na Pandemia de COVID-19 no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/39jsyJTLxGZHFQXrs4VVMRS#>.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Saúde perdeu R\$ 20 bilhões em 2019 por causa da EC 95/2016**. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/1044-saude-perdeu-r-20-bilhoes-em-2019-por-causa-da-ec-95-2016>. Acesso em: 05 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31**, de 30 de março de 2010. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao\\_31\\_30032010\\_22102012173049.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf).

CORREIA, B. Fila de espera de pacientes com COVID-19 aumenta no Rio; hospitais têm leitos, mas faltam profissionais. **G1**, Rio de Janeiro, 27 de jun. de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/27/fila-de-espera-de-pacientes-cagom-covid-19-aumenta-no-rio-hospitais-tem-leitos-mas-faltam-profissionais.ghtml>.

COSTA, F. D. C. A função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: MONTESSO, C. J. **Direitos Freitas, sociais na constituição de 1988**: uma análise crítica vinte anos depois, coord., Marco Antônio de Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, São Paulo: LTr, 2008.

COSTA, A. L. B. **Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Interferência judicial indevida ou consequência da má gestão?**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

CUNHA, J. R. A. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v.4, n.3. Brasília, 2015.

CUNHA, J. R. A.; FARRANHA, A. C. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. **Public Sciences & Policies**, v. 7, n. 1, 2021.

DELDUQUE, M. C.; MARQUES, S. B. A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus-Actas de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011.

DIMOULIS, D.; LUNARDI, S. G. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. p. 460/462. *In*: FELLET, A. L. F. *et al.* (Org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 459-473. *In*: GAMA, M. F. L. Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção judicial”. Revista do Advogado. n. 147, p. 147/155, 2018. Disponível em: [https://d1wqtxts1x-zle7.cloudfront.net/59332189/doc.\\_76\\_ARTIGO\\_REVISTA\\_DO\\_ADVOGADO\\_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229=&response-content-disposition=inline%3B+file+name%3DDeixando\\_de\\_lado\\_o\\_ativismo\\_e\\_a\\_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGXvw5SrjzZT2HDFHAPjyVyC~RF7-r72yW3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3CMsTyCuWg1a14ZGkJMVp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECAUiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtWIRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkB e53jCnxR3nQtIhKkg~Oqd3vAFxCtWpsxFw\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1x-zle7.cloudfront.net/59332189/doc._76_ARTIGO_REVISTA_DO_ADVOGADO_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229=&response-content-disposition=inline%3B+file+name%3DDeixando_de_lado_o_ativismo_e_a_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGXvw5SrjzZT2HDFHAPjyVyC~RF7-r72yW3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3CMsTyCuWg1a14ZGkJMVp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECAUiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtWIRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkB e53jCnxR3nQtIhKkg~Oqd3vAFxCtWpsxFw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).

DRESCH, R. L.; BICALHO, F. M. C. Manual de direito à saúde: normatização e judicialização. Comitê Executivo da Saúde de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**, 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DUTRA, R.; CAMPOS, M. M. Por uma sociologia sistêmica da gestão de políticas públicas. *Conexão Política*, Teresina, v. 2, n. 2, p. 11-47, ago./dez., 2013.

FALCÃO, J. A política econômica dos juízes. **Folha de São Paulo**, 26 out. 2001.

FARACO, M. Poder Judiciário e crise hídrica no Brasil: o protagonismo judicial no controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 33, p. 647-667, set./ dez. 2015.

FARENA D. A. Saúde na Constituição Federal. [Internet]. Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (jan. 1997); São Paulo, 3 (4): 12-14. *In*: CUNHA, J. R. A. As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível como retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v.4, n.3. Brasília, 2015.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, 2019.

FERRAZ, O. L. M. **The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?**. Health and human rights, p. 33-45, 2009.

FORTES, P. R. B. De graça até injeção na testa? Dez mitos da literatura crítica e uma defesa da judicialização da saúde baseada em evidências. REI – **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 1, p. 226-275, 2021.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão**. 1789.

FUNCIA, F.; SANTOS, L. **Emenda Constitucional 95 fere o núcleo do direito à saúde**. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz Antonio Ivo de Carvalho (CEE). Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Emenda-Constitucional-95-fere-o-nucleo-essencial-do-direito-a-saude>.

FUNCIA, F. SANTOS, L. A Inconstitucionalidade da EC 95 nos pisos da saúde à luz da matemática. **Instituto de Direito Sanitário Aplicado**. Disponível em: <https://idisa.org.br/domingueira/domingueira-n-03-janeiro-2019?lang=pt>.

GADELHA, C. A. G. O complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde. **Ciência & saúde coletiva**, v. 8, p. 521-535, 2003.

GALDINO, F. **Direitos não nascem em árvores**. Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAMA, M. F. L. Deixando de lado o “ativismo” e a “autocontenção judicial”. **Revista do Advogado**. n. 147, p. 147/155, 2018. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59332189/doc.\\_76\\_ARTIGO\\_REVISTA\\_DO\\_A\\_DVOGADO\\_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229\&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDeixando\\_de\\_lado\\_o\\_ativismo\\_e\\_a\\_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGxvw5SrjzZT2HDFHAPjijyVyC~RF7-r72yW3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3CMsTyCuWg1al4ZGkJM Vp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECA UiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtW IRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkBe53jCnxR3nQtIhKkg~Oqd3vAFxCtWpsxFw\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJ LOHF5 GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59332189/doc._76_ARTIGO_REVISTA_DO_A_DVOGADO_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229\&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDeixando_de_lado_o_ativismo_e_a_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGxvw5SrjzZT2HDFHAPjijyVyC~RF7-r72yW3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3CMsTyCuWg1al4ZGkJM Vp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECA UiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtW IRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkBe53jCnxR3nQtIhKkg~Oqd3vAFxCtWpsxFw__&Key-Pair-Id=APKAJ LOHF5 GGSLRBV4ZA).

GÁLVEZ, J. M. Introducción al proceso civil. Santa Fé de Bogotá: Temis-de Belaunde & Monroy, 1996. In: ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, G. A. **O desenvolvimento judicial do direito: construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

GOTTI, A. **Direitos Fundamentais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUEDES, M. A. P. **Estado e Ordem Econômica e Social** – A experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GUIMARÃES, C. A. Atlas de Saneamento especializa dados relacionados a meio ambiente e saúde. **Agência IBGE Notícias**. Editoria: Geociências, 24 de novembro de 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/32304-atlas-de-saneamento-especializa-dados-relacionados-a-meio-ambiente-e-saude#:~:text=Doen%C3%A7as%20Relacionadas%20ao%20Saneamento%20Ambiental,as%20diarreias%20as%20mais%20recorrentes>.

HACHEM, D. W. A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial. In: FARIA, L. Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico Constitucional e Exigibilidade Judicial. **Revista Thesis Juris** (2014), 3(2), 307-337. doi: <https://doi.org/10.5585/rtj.v3i2.126>.

HACHEM, D. W. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/505>.

HERRERA, C. M. Estado, constitución y derechos sociales. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 15, 2003.

HOLMES, S.; SUSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Cia, 1999.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo** – IPCA. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=o-que-e>.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. **Agência IBGE Notícias**, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34438-populacao-cresce-mas-numero-de-pessoas-com-menos-de-30-anos-cai-5-4-de-2012-a-2021>.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. População cresce, mas número de pessoas com menos de 30 anos cai 5,4% de 2012 a 2021. **Agência IBGE Notícias**, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>.

INSTITUTO TRATA BRASIL; GO Associados. **Desigualdade de três dígitos: Ranking do Saneamento 2023 destaca que o tratamento de esgoto é 340% maior nos 20 municípios mais bem colocados do que nos 20 piores do Brasil**. 15ª edição do Ranking do Saneamento, 2023. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/wp-content/uploads/2023/03/Press-release-ATUALIZADO-Ranking-do-Saneamento-2023-2.pdf>.

KRELL, A. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os [des]caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KMIEC, K. D. The origin and current meanings of "judicial activism". **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.

LALONDE, M. **A new perspective on the health of Canadians**. Disponível em: <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2130.pdf>.

LIMA, G. M. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em: [EFETIVACAO\\_JUDICIAL\\_DOS\\_DIREITOS\\_ECONOMI.pdf](#).

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LUNARDI, S. R. G. Mitos e ideologias constitucionais. Reflexões sobre a "neutralidade" do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 6, p. 585-600, jul./dez. 2005.

LUNARDI, S. R. G. Mitos e ideologias constitucionais. Reflexões sobre a "neutralidade" do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 6, p. 585-600, jul./dez. 2005. In: GAMA, M. F. L. Deixando de lado o "ativismo" e a "autocontenção judicial". **Revista do Advogado**. n. 147, p. 147/155, 2018. Disponível em: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59332189/doc\\_76\\_ARTIGO\\_REVISTA\\_DO\\_ADVOGADO\\_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDeixando\\_de\\_lado\\_o\\_ativismo\\_e\\_a\\_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGxvw5SrjzZT2HFHAPjyVyC~RF7-r72Yw3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3C MsTyCuWg1al4ZGkJMVp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECAUiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtWIRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkBe53jCnxR3nQtIhkKg~Oqd3vAFxCtWpsxFw\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/59332189/doc_76_ARTIGO_REVISTA_DO_ADVOGADO_201820190520-25190-y4ququ-libre.pdf?1558389229=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDeixando_de_lado_o_ativismo_e_a_autocont.pdf&Expires=1694372936&Signature=Hc-TFLp~BLriMvyGg1PX01rd24De4Agecg6UxWGxvw5SrjzZT2HFHAPjyVyC~RF7-r72Yw3lm-EKFrpupSvLdtWvSdhuigJgQVxgGwbKS-8rC3qrePkcRL5qHOjE9gi4b3L7Dh3C MsTyCuWg1al4ZGkJMVp48ZYdGCQxcFJ~n7yYebW5~NFZCuVptyh3X~mL0zNDXXd~zgxgvACGbJhjfECAUiXU~dWArACSDwb3VpkTv1vrjWzKC-gPbUVPwuMgkQ1F8rGFuglax5irXqmRtWIRpCo9bCipmQpnHO2wualviDVRkBe53jCnxR3nQtIhkKg~Oqd3vAFxCtWpsxFw__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA).

LUÑO, A. E. P. **Temas Clave de la Constitución Española: Los Derechos Fundamentales**. 9ª. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

LUZ, M.T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" - anos 80. *Physis*, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 77-96, 1991. In: PIRES, C. V. **O acesso à justiça como medida de efetivação do direito social à saúde**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 29/30. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24098>.

LÖWY, M. **Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. São Paulo: Cortez, 1996.

MACHADO, C. V.; SILVA, G. A. Political struggles for a universal health system in Brazil: successes and limits in the reduction of inequalities. **Globalization and health**, v. 15, n. 1, p. 1-12, 2019.

MARMELSTEIN, G. **Quando tudo começou**: o Marbury vs. Madison brasileiro. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>.

MARTINS, L. (Org.). **Cinqüenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão: jurisprudência**. Tradução de Beatriz Hennig et al. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. *In*: BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 213-244, 2014.

MATIAS, M. B.; DE OLIVEIRA, J. C. A reserva do possível e as prestações de saúde de alto custo na pandemia do COVID 19. **Economic Analysis of Law Review**, v. 13, n. 2, p. 244-261, 2022.

MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 18, n. 4, 2013.

MELLO FILHO, J. C. Discurso proferido na posse dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso na Presidência e Vice-Presidência do Supremo Tribunal Federal em 23 de abril de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico/STF**, n. 97, p. 59-64, 30 maio 2008. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AR75jFleO-S>.

MELLO, C. A. B. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1986.

MENDES, G. F. Direitos Sociais. *In*: \_\_\_\_\_; BRANCO, P. G. G. Curso de **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Relatório de Avaliação**. Pernambuco: [s.n.], 2017. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/9434.pdf>.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Manifestação na ADI 5501/DF**, em 22 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4966501>.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE - OPAS. Financiamento público de saúde. Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 1, v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. *In*: VIEIRA, F. S. *et al.* O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/14896>.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAIS, D. S. Democracia e Direitos fundamentais: propostas para uma jurisdição Constitucional Democrática. **Revista da AGU**, nº 34. 2012.

OLSEN, A. C. L. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (Universidade Federal do Paraná, 2006). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>.

OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

OLSEN, A. C. L. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (Universidade Federal do Paraná, 2006). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>.

PASTANA, L. F. S. A legitimidade democrática da justiça constitucional: uma análise pelo aspecto material da democracia. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 25, n. 1, p. 13, 2019. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/970>.

PAULA, C. S.; MIGUEL, O. G.; MIGUEL, M. D. Medicamento e o uso off label. **Visão Acadêmica**, v. 12, n. 2, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/academica/article/viewFile/25221/18181>.

PIÇARRA, N. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Um Contributo para o Estudo das suas Origens e Evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOLA, S. F.; PAIVA, A. B.; SÁ, E. B.; SERVO, L. M. S. **Financiamento público da saúde**: uma história à procura de rumo. Texto para Discussão nº 1846. Brasília: Ipea, 2013, p. 13/18. Disponível em: [https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD\\_1846.pdf](https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf).

PIOVESAN, F. Justiciabilidade dos direitos sociais econômicos: desafios e perspectiva. *In*: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G. **Direitos Fundamentais Sociais**. Érica Paula Barcha (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.

PIRES, C. V. **O acesso à justiça como medida de efetivação do direito social à saúde**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 28. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/24098>.

PISARELLO, G. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007. *In*: ROTHENBURG, W. C. **Direitos sociais são direitos fundamentais**: simples assim. Editora JusPodivm, 2021.

TORRES, R. L. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. *In*: TORRES, R. L. (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

QUEIROZ, C. M. M. **Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder**. Coimbra: Almedina, 1990.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul./set. 1989, v. 177.

REIS, W. J. O. STF e a pandemia: os reflexos da alta judicialização da saúde no país. **Connection Line** - Revista Eletrônica Do Univag, n. 26, 2021. DOI:10.18312/connectionline.v0i26.1791. Disponível em: <https://www.periodicos.univag.com.br/index.php/CONNECTIONLINE/article/view/1791>.

RELATÓRIO mostra desperdício bilionário de insumos no Ministério da Saúde desde 2019. **Jornal da Globo**, Rio de Janeiro, 18 de abril de 2023. Rede Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2023/04/18/exclusivo-relatorio-mostra-desperdicio-bilionario-de-insumos-no-ministerio-da-saude-desde-2019.ghtml>.

RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Operação Fratura Exposta**. 2017. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/prisao-operacao-cest-fini-1>.

ROCHA, Márcio Oliveira. Pragmatismo Jurídico, Ativismo Judicial e Política Pública. **Refletindo o Direito**, v. 1, n. 2, 2012.

ROSILHO, A.; SUNDFELD, C. A. Direito e Políticas Públicas: Dois Mundos?. In: ROSILHO, André; SUNDFELD, C. A. (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

RODRIGUES, T. F. **Cidadania, desigualdade social e política sanitária no Brasil**. Appris Editora e Livraria Eireli-ME, 2016.

ROTHENBURG, W. C., 2005, p. 152. Apud TAVARES, A. R. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr/jun 2007.

ROTHENBURG, W. C. **Direitos sociais são direitos fundamentais: simples assim**. Editora JusPodivm, 2021.

SARMENTO, D. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, P. L. T. (Org.) **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SANT'ANA, R. N. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 3, 2018.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. **Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, 1(1).

SARLET, I. W. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. Espaço Jurídico Journal of Law, v. 16, n. 2, p. 459-488, ago. 2015. In: SANT'ANA, R. N. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 3, 2018.

SCHAUER, F. **A força do direito**. Tradução: André Luiz Freire. – 1. Ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2022.

SCHWABE, J. Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Organização e introdução por Leonardo Martins. In: TAVARES, A. R. O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr/jun 2007.

SCHMITT, C. **Teoría de la Constitución**. 2ª reimp. Madri: Alianza, 1996.

SECOM TRIBUNAL D ECONTAS DA UNIÃO. TCU apresenta ações de fiscalização na área da saúde à equipe de transição governamental. **Tribunal de Contas da União**, Brasília, 23 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-apresenta-acoes-de-fiscalizacao-na-area-da-saude-a-equipe-de-transicao-governamental.htm>.

SGARBOSSA, L. F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, v. 1, 2010.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, V. A. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 3ª triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, V. A. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, p.23-50, 2002.

SOUZA NETO, C. P. **Jurisdição Constitucional, Racionalidade Prática e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- STF. **Audiência Pública Saúde** [online]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=dcbKgfYBes8>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **AgRg na STA nº 175/CE**, Relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **AgRg RE 393.175-0/RS**, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 745745** AgR. Relator: Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF: 26 a 30 de abril de 2004 – Nº 345**. Brasília. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **AGRG. Recurso Extraordinário nº 271.286-8** – Rio Grande do Sul. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em: 12/09/2000. DJ. 24/11/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Recurso extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado em 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Pet 1246 MC/SC** – Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello. 31 de janeiro de 1997. Presidente: Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho83171/false>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Plenário. Julgado em 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Especial nº 1.185.474/SC, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010. **Diário da Justiça**, 29/04/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271185474%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271185474%27\).suc.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271185474%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271185474%27).suc.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 793** - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, A. R. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, A. R. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TIMM, L. B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TJDFT. **Acórdão nº 852093**; Relator: Arnaldo Camanho; julgado em 25/02/2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de fiscalizações em políticas e programas de governo 2022**. Brasília, 2022. Disponível em: [https://portal.tcu.gov.br/data/files/2F/35/2D/B0/6FB15810ED256058E18818A8/Relatorio\\_politicas\\_programas\\_governo\\_2022.pdf](https://portal.tcu.gov.br/data/files/2F/35/2D/B0/6FB15810ED256058E18818A8/Relatorio_politicas_programas_governo_2022.pdf).

VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VIANNA, L. W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, F. S.; ZUCCHI, P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007.

VIEIRA, F. S. *et al.* O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/14896>.

VIEIRA, F. S. *et al.* O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/14896>.

VIEIRA, J. R.; CAMARGO, M. M. L.; SILVA, A. G. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. *In*: **Anais. I Fórum de Grupos de Pesquisa em direito Constitucional e Teoria dos direitos**, 2009.

WANG, D. W. L.; FERRAZ, O. L. M. **Reaching out to the needy?** access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *SUR-Int'l J. on Hum Rts.*, v. 10, p. 159, 2013.

YOUNG, E. A. Judicial activism and conservative politics. **University of Colorado Law Review.**, v. 73, n.4, p. 1139, 2002. Disponível em: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship).