

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA
SUBSIDIARIEDADE: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA E
ECONÔMICA DO DIREITO**

ANA LUÍSA SEVEGNANI

Itajaí-SC, julho de 2021.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA SUBSIDIARIEDADE: UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA E ECONÔMICA DO DIREITO

ANA LUÍSA SEVEGNANI

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, em dupla titulação com a *Widener
University Delaware Law School*, como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência
Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Márcio Ricardo Staffen

Itajaí-SC, julho de 2021.

*Dedico este trabalho à minha família e aos amigos que me acompanharam
nessa instigante jornada.
Aos profissionais que se arriscam diariamente para salvar vidas, especialmente no
cenário atual.
Às milhares de vítimas da COVID-19 e a todos aqueles que perderam seus entes
queridos, em sua maioria sem poder dizer adeus.
Muito além de um número, suas lutas jamais serão esquecidas.
“Talvez ela tenha sido anjo da guarda, muito antes de partir” (homenagem a uma das
vítimas do Coronavírus).*

*A estrada em frente vai seguindo
Deixando a porta onde começa.
Agora longe já vai indo,
Devo seguir, nada me impeça;
Por seus percalços vão meus pés,
Até a junção com a grande estrada,
De muitas sendas através.
Que vem depois? Não sei mais nada.*

(O Senhor dos Anéis: A Sociedade do Anel - J. R. R. Tolkien)

AGRADECIMENTOS

Todas as ações que realizamos, sejam positivas ou negativas, especialmente aquelas que exigem maior esforço, são o resultado de diversas influências que temos a nossa volta, de nossas convivências e relações sociais. Um dos principais ensinamentos do autor americano Ernest Hemingway, em sua obra “Adeus às armas”, é o de que quem está nas trincheiras ao nosso lado importa mais que a própria guerra. Da mesma forma, este trabalho decorre em grande parte de pessoas que sempre estiveram comigo e apoiaram-me em meus momentos mais importantes, às quais presto meus sinceros agradecimentos.

À minha família, por sempre me incentivar a perseguir meus objetivos, investir na minha formação e vivenciar a realização dos meus sonhos. Ao meu pai, por ser sempre um exemplo de humildade, companheirismo e por me apresentar aos livros desde cedo. À minha mãe, por estar presente em todos os momentos da minha vida. Ao meu irmão, pela parceria e apoio incondicionais.

Não poderia deixar de mencionar os amigos que me acompanharam nessa trajetória. Conforme ensinava Antoine de Saint-Exupéry, “era uma pessoa igual a cem mil outras pessoas. Mas, eu fiz dela um amigo, agora ela é a única no mundo”. Só tenho a agradecer aos amigos únicos e especiais que pude conhecer ao longo desse caminho, por todas as experiências positivas e pela felicidade de tê-los encontrado.

Ao programa de pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, por todos os ensinamentos e constante incentivo desde o início do mestrado. Faço um especial agradecimento ao meu professor orientador Dr. Márcio Ricardo Staffen, pelas considerações críticas, sugestões e por todo o suporte para a adequada conclusão desta dissertação.

Agradeço ainda aos membros da banca, professor Dr. Gilson Jacobsen e professora Dra. Sandra Martin, pela disposição em participar desse momento tão importante na minha trajetória acadêmica e por fornecerem diversos substratos para a melhoria desta pesquisa.

Por fim, em um de seus brilhantes contos, Eduardo Galeano assim escreve: “Diego não conhecia o mar. O pai, Santiago Kovakloff, levou-o para que descobrisse o mar [...]. Quando o menino e o pai enfim alcançaram aquelas alturas de areia,

depois de muito caminhar, o mar estava na frente de seus olhos. E foi tanta a imensidão do mar, e tanto seu fulgor, que o menino ficou mudo de beleza. E quando finalmente conseguiu falar, tremendo, gaguejando, pediu ao pai: - Pai, me ensina a olhar!” Agradeço profundamente a todos que colaboraram para a elaboração desta dissertação e que, sobretudo, me ensinaram a olhar.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Itajaí-SC, julho de 2021

Ana Luísa Sevegnani

**Ana Luísa Sevegnani
Mestranda**

PÁGINA DE APROVAÇÃO

MESTRADO

Conforme Ata da Banca de Defesa de Mestrado, arquivada na Secretaria do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica PPCJ/UNIVALI, em 28/07/2021, às 10 horas, a mestranda ANA LUÍSA SEVEGNANI fez a apresentação e defesa da Dissertação, sob o título “O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DA SUBSIDIARIEDADE: UMA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E ECONÔMICA DO DIREITO”.

A Banca Examinadora foi composta pelos seguintes professores: Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI) como presidente e orientador, Doutora Sandra Regina Martini (UNIRITTER) como membro, Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) como membro e Doutor Clovis Demarchi (UNIVALI) como membro suplente. Conforme consta em Ata, após a avaliação dos membros da Banca, a Dissertação foi Aprovada.

Por ser verdade, firmo a presente.

Itajaí (SC), dia 28 de julho de 2021.



PROF. DR. PAULO MÁRCIO DA CRUZ
Coordenador/PPCJ/UNIVALI

ROL DE CATEGORIAS

Análise econômica do Direito: teoria que busca conectar as áreas do Direito e da Economia, trazendo conceitos econômicos para a análise e predicabilidade das consequências de uma decisão judicial.¹ Essa concepção institui uma nova visão sobre a previsão e certeza no ordenamento jurídico, sustentando como as decisões judiciais devem ser, com o objetivo de verificar seus efeitos e eficiência.

Direito Fundamental: termo de origem histórica que possui algumas definições teóricas, buscando proporcionar, sobretudo, os elementos básicos para uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. Pode ser conceituado, sob uma ótica formal e positivista, segundo a qual são direitos fundamentais os direitos previstos na legislação vigente como tais.² De modo geral, consistem em uma forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana para os destinatários desses direitos.³

Escolhas Trágicas: determinadas decisões proferidas pelos juízes que podem caracterizar escolhas trágicas, quando formas de escassez tornam escolhas dolorosas como necessárias, de modo que a sociedade deverá definir métodos de alocação.⁴

Judicialização: fenômeno de expansão do protagonismo do Poder Judiciário ocorrido especialmente, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que promoveu uma ampliação de meios de acesso à justiça e garantia dos direitos fundamentais. Ocasiona a alteração do *locus* de decisão política para o Poder Judiciário, devido à omissão das instituições na realização de políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais, a exemplo da saúde.⁵

Princípio: o termo princípio deriva do latim *principium*, que tem o sentido

¹ ARRUDA, Thaís Nunes de. **Juízes e casos difíceis:** o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Editora Juruá, 2014, p. 70.

² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 225-229.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 71.

⁴ BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices.** Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18-20.

⁵ TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power.** Nova York: New York University Press, 1995, p. 13.

de início, começo ou origem das coisas. Os princípios designam, sobretudo, as verdades primeiras, pois estão no princípio e são as premissas de todo o sistema jurídico a ser desenvolvido. Nesse sentido, correspondem a verdades objetivas que nem sempre pertencem ao mundo do ser, e sim do dever ser, sendo dotadas da qualidade de normas jurídicas.⁶

Saúde: é considerado como o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade. Consiste em um direito humano fundamental, conforme o artigo 196 da Constituição Federal, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.⁷ Relaciona-se, especialmente, com o direito à vida e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de garantir a integridade física e psíquica do ser humano como bem jurídico essencial.⁸

Subsidiariedade: advém do latim *subsidium*, com o sentido de ajuda ou socorro de uma instância superior, quando a inferior não consegue realizar determinada ação. Pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda.⁹

Teoria da reserva do possível: teoria que relaciona a limitação dos recursos econômicos disponíveis com as amplas necessidades a serem supridas à sociedade. Dispõe que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.¹⁰

⁶ PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, 1983, p. 1267-1268

⁷ DECLARAÇÃO de Alma-Ata. **Declaration of Alma-Ata**. 6 a 12 de setembro de 1978. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2020.

⁸ OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁹ DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-105.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

SUMÁRIO

CATEGORIAS	2
RESUMO.....	12
RESUMO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA	13
INTRODUÇÃO	14
1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	18
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
1.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	27
1.3 O MODELO ATUAL DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	38
1.4 OS FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE SAÚDE NORTE-AMERICANO	48
2 O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA E ECONÔMICA DO DIREITO.....	56
2.1 OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO....	56
2.2 PRINCÍPIOS DELINEADORES DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	66
2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	82
2.4 O DIREITO À SAÚDE AVALIADO NA SUA DIMENSÃO ECONÔMICA	92
3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	105
3.1 A CRISE NO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES.....	105
3.2 OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	115
3.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE À SAÚDE NO BRASIL: UM CAMINHO POSSÍVEL?	137
3.4 OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE AO DIREITO à SAÚDE NO BRASIL.....	146
REFERÊNCIAS.....	164

RESUMO

A presente Dissertação, realizada de acordo com o método indutivo, está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Seu objetivo é realizar uma análise principiológica e econômica da efetividade do direito fundamental à saúde no contexto político, econômico e social atual em face do disposto no artigo 196 da Constituição Federal, com ênfase no princípio da subsidiariedade, além de outros princípios e teorias previstos no ordenamento jurídico. A abordagem circunscreve-se ao direito do cidadão a receber tratamentos de saúde adequados e no dever do Estado em conferir-lhe efetividade de modo universal, igualitário e gratuito. Atualmente, a obrigação estatal de conceder a todos meios para a sua fruição, sem qualquer ônus financeiro não permite a sua plena concretização, pois aqueles que propriamente necessitam de amparo ficam, muitas vezes, impossibilitados de obter tratamentos médicos ou recorrem à judicialização desse direito, devido às limitações orçamentárias que impedem os órgãos públicos de realizarem ações para além da reserva do possível. Isso porque a caracterização da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional, contrariando a subsidiariedade. Embora se trate de um direito amplo e que alcança a todos, busca-se demonstrar, a partir da aplicação desse princípio e da Análise Econômica do Direito, que a realização de ações e serviços de saúde pode ser modulada segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários, estabelecendo-se critérios objetivos por meio de lei ordinária. A aplicação de tais preceitos permitiria ao Estado concretizar o direito fundamental à saúde com maior eficiência e qualidade a quem efetivamente necessita.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Princípio da Subsidiariedade. Análise Econômica do Direito. Gratuidade. Efetividade.

ABSTRACT

This dissertation, elaborated according to the inductive approach, is part of the line of research Constitutionalism and Production of the Law. Its objective is to perform an analysis based on principles and economic concepts of the effectiveness of the fundamental right to health in the current political, economic and social context, in light of Article 196 of the Federal Constitution, with emphasis on the principle of subsidiarity, along with other principles and theories contained in the Brazilian legal system. The approach is limited to the citizen's right to receive adequate health care, and the State's duty to make it effective in a universal, equal and free manner. Currently, the State's obligation to grant to everyone the means for the enjoyment of this right, free of cost, does not allow its full implementation, as those who actually need the support are often unable to obtain medical treatments, or resort to the judicialization of this right, due to the limited budget resources that prevent public agencies from carrying out actions beyond the reserve of what is possible. This is because the characterization of health as a free right for all gives undue generality to the constitutional provision, going against the principle of subsidiarity. Although it is a broad right that encompasses the whole population, this study seeks to demonstrate, based on the application of this principle and the Economic Analysis of Law, that the performance of health actions and services can be modulated according to the economic or financial capacity of its recipients, establishing objective criteria through ordinary law. The application of these precepts would allow the State to realize the fundamental right to health with greater efficiency and quality for those who really need it.

Keywords: Basic right to health. Subsidiarity principle. Law and Economics. Free of charge. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, tem por finalidade a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, em regime de dupla titulação com a *Widener University – Delaware Law School*.

Seu objeto de estudo é a efetividade do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade, da Análise Econômica do Direito e de outras teorias apresentadas ao longo do texto. Para a delimitação do tema, parte-se do contexto atual envolvendo o direito fundamental à saúde e a sua baixa concretização conferida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), instituído pela Lei 8.080/90, a fim de, com base no princípio da subsidiariedade, buscar a edificação de um novo modelo que promova a concretização da saúde pública no Brasil.

Nesse contexto, o objetivo geral deste trabalho é avaliar se há possibilidade de ser promovida uma restrição na gratuidade estabelecida pelo modelo vigente ao direito fundamental à saúde. A dissertação parte da constatação de que, no Brasil, há uma dificuldade em promover a adequada efetivação do direito fundamental à saúde, especialmente àqueles que realmente necessitam dessa garantia, isto é, à parcela da população desprovida de recursos financeiros.

Diversas são as controvérsias em relação a sua real aplicação na sociedade brasileira, pois são comuns os casos em que os indivíduos são privados de auferir determinados tratamentos médicos e medicamentos em decorrência da alegação de falta de recursos públicos para dar-lhes efetividade. Nesse sentido, a temática circunscreve-se à compreensão da amplitude e extensão do conteúdo albergado no artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito à saúde, sobretudo, sob a ótica da sua aplicabilidade.

A ênfase refere-se à previsão em seara constitucional de que todos os indivíduos têm o direito de receber tratamentos médicos de modo universal, sendo dever do Estado garantir a máxima efetividade na promoção, proteção e recuperação das ações e serviços de saúde pública. No entanto, em que pese ser estabelecido o dever estatal de que todos devem possuir acesso aos serviços relacionados à proteção da integridade física e psíquica do ser humano, a gratuidade ampla na concretização desse direito pelos entes estatais, tem resultado

em sua reduzida efetividade a toda a população, como consequência da limitação de recursos públicos.

Para a pesquisa, levanta-se o seguinte problema: é possível uma remodelação do atual Sistema Único de Saúde (SUS) do Brasil, flexibilizando o modelo de gratuidade ampla, para atribuir uma responsabilidade a cada destinatário dos serviços públicos de saúde, de modo a impor-lhes o ônus do custo da sua prestação, na proporção da capacidade econômica ou financeira de cada um, por meio da alteração da Lei nº 8.080/90, com fundamento no princípio da subsidiariedade?

A hipótese aventada para o equacionamento do problema é que, considerando-se os princípios e regras constitucionais que dispõem sobre o direito fundamental à saúde e a Análise Econômica do Direito, não há óbice à instituição, mediante lei, de uma modulação da gratuidade atualmente prevista para os serviços públicos de saúde regulados pela Lei nº 8.080/90, adotando-se como critério balizador a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários e como fundamento o princípio da subsidiariedade.

Sustenta-se que a concretização do direito a prestações positivas relacionadas à saúde, a exemplo da concessão de medicamentos e tratamentos médicos, deve ser oportunizada a todos, mas a sua gratuidade deve restringir-se apenas às pessoas que não possuam capacidade econômica ou condições financeiras para custeá-la, isto é, que comprovem a sua hipossuficiência.

Sobre as justificativas do presente trabalho, é essencial ressaltar que a saúde é um dos direitos fundamentais mais reclamados na atualidade, tanto em face do Poder Judiciário quanto em âmbito administrativo, tendo em vista a baixa qualidade com que os serviços são ofertados pelo Estado aos cidadãos. Diante do aumento de demandas envolvendo a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, verifica-se, de um lado, uma gratuidade ampla prevista em lei infraconstitucional e, de outro, a capacidade financeira limitada dos entes estatais para arcarem com o seu ônus.

Embora existam posições divergentes acerca do tema, cumpre reconhecer que há um problema concreto de falta de recursos estatais para a concretização da saúde pública a toda a população, conforme estabelecido na Constituição Federal. O direito fundamental à saúde encontra previsão expressa em seara constitucional, mas a sua efetividade encontra-se prejudicada em face de um modelo jurídico-

político em que todos os serviços de saúde podem ser concedidos de forma gratuita a todas as pessoas, tanto na seara administrativa quanto perante o Poder Judiciário.

Desse modo, intenta-se demonstrar, a partir de dados e informações atuais, que o modelo hodierno de concretização do direito à saúde não mais se sustenta, devendo-se repensar as políticas públicas e o próprio sistema de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. A discussão não permeia, portanto, uma tentativa de reformar a Constituição para limitar um direito fundamental consagrado, mas sim discutir a possibilidade de estabelecer critérios para a sua efetiva concretização, sem importar em violação dos preceitos constitucionais.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação em três capítulos, de forma sintetizada, que buscam traçar um panorama histórico acerca do direito fundamental à saúde e dos princípios que regem o ordenamento jurídico, até a sua concretização na atualidade. O capítulo inaugural enfatiza a saúde como um direito fundamental de caráter social, passando pela construção histórica dos direitos fundamentais, para posteriormente tratar especificamente do direito fundamental à saúde, bem como os sistemas atualmente responsáveis pela realização de serviços de saúde à população no Brasil e nos Estados Unidos.

Em seguida, o segundo capítulo versa sobre os princípios que delineiam o direito fundamental à saúde, tendo especial enfoque na subsidiariedade, mas também abordando outros princípios que amparam a temática, como a dignidade humana, a igualdade e a solidariedade social. Será analisado ainda o direito fundamental à saúde sob uma perspectiva econômica, tendo como base os pressupostos e contributos da Análise Econômica do Direito.

Por fim, o terceiro capítulo utiliza as noções e elementos dos capítulos anteriores para traçar uma nova forma de compreender a saúde no Brasil e de garantir a promoção de serviços públicos com qualidade, haja vista a exposição da atual crise vivenciada pelo país e dos efeitos negativos da crescente judicialização da saúde. A partir da abordagem inicial acerca dos direitos fundamentais e dos princípios que delineiam a saúde no Brasil, o capítulo final tem como objetivo analisar a possibilidade de implementar-se um novo sistema de acesso aos serviços e tratamentos de saúde, diante do atual contexto de ineficiência desse direito.

A presente dissertação encerrara-se com as Considerações Finais, em que se apresenta inicialmente, segundo uma ordem lógica, uma síntese que resgata os

temas que foram tratados durante o estudo e, na sequência, será oferecida uma resposta fundamentada em argumentos coerentes com a ordem jurídica constitucional.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo; na Fase de Tratamento dos Dados será o Cartesiano; e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa poderá ser empregado o método Comparativo ou outro que for mais indicado.

CAPÍTULO 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A presente pesquisa parte de uma análise da normatização do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no texto constitucional. Sendo a prestação de serviços de saúde um direito fundamental garantido aos cidadãos, cabe analisar inicialmente o modo como foram construídos os direitos fundamentais, sua definição e eficácia no ordenamento jurídico brasileiro.

Em razão da transformação dos direitos fundamentais ao longo da história do constitucionalismo, há dificuldades teóricas em defini-los de forma precisa, sendo utilizadas diversas expressões, tais como direitos naturais, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e direitos fundamentais do homem. Nesse contexto, torna-se essencial iniciar a abordagem a partir de um contexto histórico e conceitual acerca dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento e proteção constituem a base das constituições democráticas modernas.

Os direitos fundamentais buscam proporcionar, sobretudo, os elementos básicos para uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. Tendo em vista a proteção de bens jurídicos essenciais à convivência dos indivíduos, esses direitos devem estar positivados, da mesma forma, em um instrumento normativo com força vinculativa máxima e que esteja apto a garantir a sua efetivação, qual seja, a Constituição de cada ordenamento jurídico.

Haja vista a sua relevância na ordem instituída, os direitos fundamentais podem ser compreendidos a partir de diferentes concepções, conforme o viés teórico utilizado por cada autor e o período histórico a ser analisado. É possível afirmar, sob uma ótica formal e positivista, que são direitos fundamentais os direitos previstos na legislação vigente como tais, conforme esclarece Konrad Hesse.¹¹ Da mesma forma, Alexy traz em sua obra um conceito geral e formal sobre os direitos fundamentais, definindo-os como “posições que são tão importantes que a decisão

¹¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 225-229.

sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.¹²

No sentido dessa perspectiva, podem ser considerados, de modo geral, como uma forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana para os destinatários desses direitos¹³. Diante disso, denota-se que os direitos fundamentais consistem em pretensões analisadas conforme cada momento histórico, mas que, em sentido material, possuem como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, apresentam-se como um conjunto de valores objetivos básicos, previstos em sede constitucional, responsáveis por garantir as situações jurídicas subjetivas, tais como a igualdade, a dignidade e a liberdade.¹⁴

Portanto, os direitos fundamentais possuem como objetivo criar e manter as condições elementares para assegurar condições de vida baseadas na liberdade e na dignidade humana. Essas circunstâncias, segundo destaca Hesse, fazem com que os direitos fundamentais protejam não apenas direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos do Estado Democrático de Direito.¹⁵ Buscam, ao mesmo tempo, garantir a liberdade individual e restringir o poder estatal, possuindo especial função no processo democrático.

Schmitt, de outro modo, estabeleceu dois critérios distintos para a análise dos direitos fundamentais: a) o primeiro refere-se a um critério formal, segundo o qual os direitos fundamentais seriam aqueles assim descritos no texto constitucional e que estejam em conformidade com a Constituição vigente, sendo imutáveis ou de difícil modificação; b) o segundo parte de uma concepção material, em que os direitos fundamentais podem ser alterados de acordo com a ideologia e a modalidade do Estado, variando em conformidade com os valores e princípios estabelecidos.¹⁶

Os direitos fundamentais do homem, conforme ressalta Bobbio¹⁷ em sua obra constituem, sobretudo, uma classe variável, visto que os direitos considerados relevantes em determinadas sociedades sofreram diversas modificações ao longo

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 71.

¹⁴ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995, p. 20.

¹⁵ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33-40.

¹⁶ SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory**. Durham: Duke University Press, 2008, p. 199-209.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18-19.

da história. Conforme os interesses, as classes dominantes e as transformações técnicas e sociais, direitos anteriormente considerados absolutos, como a propriedade, passaram a ser limitados nas declarações de direitos dos séculos seguintes. Conclui-se, desse modo, que os direitos fundamentais são relativos, visto que não é possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente mutáveis.

Embora existam diferentes definições para o termo, segundo a obra de Martins Neto, é essencial compreender que os direitos fundamentais compõem parcela dos direitos dotada de um caráter privilegiado, em razão das garantias contra eventual modificação ou redução. Em um primeiro aspecto, compreendem limites materiais à Constituição, uma vez situados em nível máximo de hierarquia normativa e assegurado por mecanismos de controle de constitucionalidade, caracterizando-se como direitos indisponíveis ao legislador ordinário. Haja vista a sua supremacia, isso significa que, em seu conteúdo, são imunes à abolição.¹⁸

Em um segundo aspecto, nos ordenamentos que possuem uma constituição rígida, que são a maioria, os direitos fundamentais servem como limitação ao Poder Constituinte Reformador, através da existência cláusulas pétreas que resguardam a sua redução significativa ou da exigência de um procedimento legislativo diferenciado em relação àquele destinado à modificação das normas comuns.¹⁹ A Constituição Federal de 1988 adota ambos os mecanismos nos §2º e §64º do artigo 60.²⁰

Em relação à natureza e a eficácia dos direitos fundamentais, Afonso da Silva ressalta que constituem situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas em direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. Ao assumirem efetivamente o status de normas positivas constitucionais, sua natureza passa a ser constitucional, por serem elementos essenciais e partes

¹⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-84

¹⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-84.

²⁰ “Artigo 60 (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

integrantes da constituição de um país.²¹

Conforme a doutrina moderna, os direitos fundamentais possuem características inerentes à sua condição, determinando a sua essencialidade e especificidade como garantias aos indivíduos. Em uma perspectiva jusnaturalista, ainda adotada no ordenamento jurídico atual, os direitos fundamentais são, essencialmente: inalienáveis, imprescritíveis, invioláveis, históricos (ou relativos) e irrenunciáveis.²²

A historicidade perpassa pelas diversas transformações que determinam os direitos fundamentais, os quais modificam-se, desaparecem, reaparecem ou são criados conforme o momento histórico.

A inalienabilidade protege o núcleo principal dos direitos fundamentais, fazendo com que não sejam livremente transferíveis e negociáveis, o que os difere dos direitos comumente conferidos à sociedade. A imprescritibilidade torna esses direitos essenciais pela mera condição de existirem no ordenamento jurídico, não sendo necessários requisitos especiais que gerem a sua prescrição, visto serem sempre exigíveis. A irrenunciabilidade significa dizer que o particular pode deixar de exercer um direito fundamental, mas não renunciar a sua titularidade. Sendo considerados como garantias fundamentais contra os abusos cometidos pelo Estado e elementos fundantes da ordem democrática, é compreensível que os direitos fundamentais não estejam à disposição de seus titulares, tendo em vista a sua relevância no ordenamento jurídico atual.²³

Infer-se ainda que os direitos fundamentais não podem ser considerados como absolutos, uma vez que devem ser relativizados em conformidade com os limites fáticos e jurídicos impostos pelo ordenamento jurídico. Essas limitações devem ater-se ao necessário para a proteção do bem jurídico tutelado, mantendo uma relação de proporcionalidade com o significado do direito fundamental analisado.²⁴

Ademais, em que pese a relevância cada vez maior conferida aos direitos fundamentais pelas constituições e declarações internacionais de direitos, a validade

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 181.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 182-183.

²³ SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-130.

²⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

universal dos direitos fundamentais, conforme destaca Hesse, não significa uma uniformidade.²⁵ Isso porque o conteúdo concreto e a significação conferida em determinados Estados podem ser alteradas e dependem diretamente de fatores históricos e culturais manifestados pelo povo.

A partir de cada período histórico ou etapa da evolução da humanidade, decorre o reconhecimento e a conquista de novos direitos. As declarações internacionais e convenções de direitos, as quais consagram os direitos fundamentais conhecidos atualmente, são relativamente recentes. Antes do surgimento desses documentos, cabe ressaltar a Idade Média como relevante antecedente das declarações de direitos, baseada na teoria do direito natural que propôs leis aptas a restringir o poder do monarca, além de proporcionar a origem do humanismo. Durante esse período, conferia-se a proteção a direitos estritamente individuais, buscando-se concretizar garantias como o direito à segurança, ao domicílio e à propriedade.

Na Inglaterra, foram elaboradas cartas assecuratórias de direitos fundamentais essenciais para a posterior implementação dessas garantias através das declarações de direitos, tais como a Magna Carta, de 1215, a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1688. Apesar das restrições desses textos em comparação com as previsões dos séculos XVIII e XIX, tais cartas iniciaram a formação de regras consuetudinárias visando à proteção dos direitos fundamentais, como as liberdades concedidas pelo monarca aos seus súditos, limitando os seus poderes, e a supremacia do Parlamento.²⁶

A fim de compreender o contexto histórico envolvendo a concepção atual acerca dos direitos fundamentais, previstos em seara constitucional, tais garantias efetivamente desenvolveram-se com a criação documentos que primavam pela positivação de direitos considerados inerentes ao homem, quais sejam, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776. Ademais, pode-se afirmar que o cristianismo, ao abordar a ideia de uma dignidade intrínseca ao homem, e as Teorias Contratualistas dos séculos XVII e XVIII, estabelecendo a ideia de que alguns direitos são anteriores à existência do próprio Estado como resultado da própria natureza humana,

²⁵ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24-26.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 154-155.

constituem um embrião para o surgimento da concepção dos direitos fundamentais como são atualmente concebidos.²⁷

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, importante marco histórico para a análise dos direitos fundamentais, foi concebido na França como uma reação ao Antigo Regime absolutista, sendo estabelecido, em oposição, a liberdade dos indivíduos para a expressão de sua vontade, a igualdade de todos perante a lei, a soberania da nação face à escolha de seus governantes, entre outros. Tal documento visava, como contraposição ao governo monarquista anterior, à garantia das liberdades individuais e da igualdade do povo diante das atrocidades cometidas naquele regime, em que pese as falhas iniciais na adoção desse modelo.²⁸

A Declaração de Virgínia, do mesmo modo, também manifesta a sua relevância para a concretização dos direitos fundamentais. Esta tratava precipuamente da situação das antigas colônias inglesas e dos interesses das comunidades recentemente independentes. Destaca-se que, enquanto a Declaração Francesa de 1789 mostra-se como abstrata e com caráter universal, a Declaração de Virgínia preocupa-se com a situação concreta e com os interesses das comunidades locais.²⁹

Portanto, a primeira noção acerca da previsão expressa dos direitos fundamentais foi, conforme destaca Canotilho, baseada essencialmente na ideia de um direito natural e jusnaturalista. Tendo em vista que, na época, a principal preocupação da sociedade referia-se à proteção de primazias de ordem individual, os direitos concebidos como essenciais ao homem eram aqueles que visavam resguardar sua personalidade individual. O Estado, nestes moldes, responsabilizava-se apenas por permitir a consecução desses direitos, e não por intervir na execução dos anseios coletivos.³⁰

Ademais, para fins didáticos, em que pesem as críticas envolvendo a classificação a ser apresentada, os direitos fundamentais podem ser divididos em

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135-138.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207-208.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 156-157.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 16-19.

diferentes gerações ou dimensões, conforme as características apresentadas pelos direitos fundamentais no decorrer de cada período histórico. Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, direitos civis e direitos políticos, os primeiros a serem consolidados nas constituições e declarações de direitos. Estes constituem, essencialmente, uma garantia de titularidade do indivíduo contra o abuso do poder estatal, constituindo faculdades ou atributos da própria pessoa.³¹

Em seguida, os direitos de segunda geração surgem especificamente no século XX, visto que o simples direito à liberdade dos cidadãos tornou-se insuficiente para conter os crescentes problemas sociais e reivindicações da população. Enquanto os direitos de primeira geração são direitos de defesa e nascem sob uma perspectiva individualista, os direitos de segunda geração traduzem-se em direitos de participação, oriundos das revoluções sociais e políticas. Consistem, basicamente, nos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, com base no princípio da igualdade, motivando o surgimento do chamado Estado de Bem-Estar Social.³² Estes requerem uma política ativa dos poderes públicos para a efetiva garantia de exercício e concretização de suas prestações.³³ Considera-se, ainda, que, se os direitos civis e políticos de primeira geração estão relacionados à liberdade, os direitos de segunda geração são entendidos como direitos de igualdade.³⁴

A terceira geração de direitos fundamentais está assentada, conforme destaca Vasak, na fraternidade³⁵, não se restringindo apenas à proteção conferida

³¹ SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário, uma proposta de compreensão. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-31.

³² Nesse ponto, insta ressaltar que o Estado de Bem-Estar Social busca garantir padrões mínimos de renda, saúde, moradia, alimentação e educação a todos os cidadãos como um direito político, e não como forma de caridade (WILENSKY, Harold L. **The Welfare State and Equality**: structural and ideological roots of public expenditures, Los Angeles: University of California Press, 1975, p. 1-3). Surgido no início do século XX, diante da insuficiência do modelo liberal de Estado, afetado pela Segunda Guerra Mundial e Crise de 1929, "o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada pelos cidadãos como um direito" (BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1, p. 416).

³³ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La tercera generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 27-28.

³⁴ PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 39-42.

³⁵ Conforme explica Borgetto, a fraternidade e a solidariedade são institutos complementares. A solidariedade nada mais é que um princípio abrangido por um conceito maior: a fraternidade. Esta abrange não apenas o sentido de auxílio ao próximo, o que caracteriza a solidariedade, mas também inclui a tolerância, a alteridade e o respeito com as demais pessoas. A fraternidade, portanto, é um conceito amplo que abarca a solidariedade, possuindo uma relação de complementariedade (BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le

aos direitos individuais e coletivos. Baseado na humanidade e universalidade, surge no século XX uma constante preocupação com o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à comunicação, os quais não se classificam como individuais ou coletivos.³⁶ Já Mbaya, caracteriza os direitos de terceira dimensão com base na solidariedade.³⁷

A partir da globalização e da difusão de informações na era tecnológica, política, econômica e jurídica, autores como Paulo Bonavides e Norberto Bobbio sustentam a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais. Enquanto Bonavides³⁸ os define como direitos relacionados à democracia, informação e pluralismo, Bobbio³⁹ trata dos direitos decorrentes da pesquisa biológica e do patrimônio genético dos indivíduos. Na quinta geração de direitos fundamentais, enfatizou-se o direito à paz, anteriormente considerado como pertencente à terceira geração de direitos fundamentais, sendo considerado um direito essencial à vida e a dignidade de todas as nações.⁴⁰

No entanto, insta ressaltar que as gerações ou dimensões de direitos fundamentais não se apresentam como um processo cronológico e linear, isto é, uma geração de direitos fundamentais não substitui completamente a anterior. Ao longo da evolução histórica, os constantes avanços, retrocessos e modificações sociais produzem, sobretudo, um processo dialético, pois os direitos oriundos de uma geração posterior traduzem uma resposta a novas necessidades históricas.⁴¹

A partir da exposição do conceito e do contexto histórico envolvendo os direitos fundamentais, conclui-se que, apesar do avanço ocorrido a partir da

passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Editeur LGDJ, 1993, p. 613.

³⁶ VASAK, Karel. **Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: les Droits de Solidarité**. Palestra proferida no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 2 de julho de 1979.

³⁷ MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Palestra proferida no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 30 de novembro de 1995, em São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 585-587.

³⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 208-211.

⁴⁰ Acerca do tema, cabe ressaltar a Declaração do Direito dos Povos à Paz, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 12 de novembro de 1984. Reconhecendo que a paz é um dever a ser realizado por todos os Estados, a organização “*proclama solenemente* que os povos de nosso planeta têm o direito sagrado à paz”.

⁴¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan/jun. 2017.

consagração dos direitos individuais, a industrialização promovida no século XIX, o aumento populacional e o crescimento das cidades proporcionaram um crescimento considerável nas exclusões e disparidades entre as classes sociais. Tal fato, aliado às constantes reivindicações formuladas pelas populações desprovidas, para as quais a liberdade e a igualdade, por si só, não eram suficientes, motivou uma nova análise acerca dos direitos fundamentais a serem garantidos.

A partir das mudanças no modo de organização da sociedade, torna-se imperioso reconhecer que o Estado não deve mais apresentar uma função meramente secundária de modo a permitir o exercício das liberdades, mas sim atuar visando promover políticas sociais voltadas à coletividade. Duguit⁴², importante constitucionalista francês, já no início do século XX reconhece a insuficiência do modelo individualista, visto que o homem nasce em uma coletividade, análise da qual se extrai a necessidade de se priorizar os direitos de caráter social e coletivo.

A liberdade dos cidadãos no contexto atual não constitui apenas a liberdade em relação à atuação estatal, visto que os direitos fundamentais não se afiguram como simples meios de defesa frente ao Estado. Tendo em vista a alteração das condições da sociedade e uma necessidade de garantia de novas prestações, o Estado assume especial importância para promover maior efetividade aos direitos fundamentais. Surgiram direitos que não dependem apenas de uma abstenção estatal, mas demandam uma atuação positiva e eficaz frente a novas situações.⁴³

Contudo, além do reconhecimento formal dos direitos fundamentais na Constituição e nas legislações infraconstitucionais, é necessário ainda que sejam concreta e materialmente efetivados aos cidadãos, caso contrário estes perdem a sua função primordial no ordenamento jurídico. Devido ao caráter social expresso adotado na Constituição Federal de 1988, a qual dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais em diversas partes de seu texto, é imperioso que sejam oportunizados mecanismos aptos à sua efetivação.

Inúmeros desafios manifestam-se quanto à concretização material dos direitos na ordem constitucional, sendo necessário encontrar meios que permitam o financiamento de seus custos em conformidade com os recursos estatais disponíveis. Há desde logo um embate entre a realização de prestações coletivas,

⁴² DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 15-16.

⁴³ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40-42.

especialmente diante da adoção do modelo de Estado Social, com a impossibilidade de custeio absoluto e geral de todos os direitos demandados. Esse problema é atestado, sobretudo, em relação ao direito fundamental à saúde, conforme será verificado a seguir.

1.2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A partir da introdução acerca dos direitos fundamentais, importante analisar especificamente o direito à saúde, no tocante à sua previsão constitucional, definição e principais características. O direito fundamental à saúde é considerado como um direito social, haja vista que seu desenvolvimento ocorreu, especialmente, no século XX, diante da insuficiência dos direitos de defesa para, por si só, promover a garantia de prestações sociais. Sendo um direito social, exige a atuação ativa do Estado na concretização de medidas de promoção à saúde, tais como fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos e saneamento básico.

Os direitos sociais, inseridos na categoria dos direitos fundamentais, estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁴⁴, segundo a qual constituem direitos sociais o direito à educação, saúde, lazer, moradia, segurança, transporte, previdência social, entre outros. Entretanto, os direitos sociais não se resumem àqueles previstos de forma expressa no artigo 6º⁴⁵, mas abrange ainda outros direitos e garantias implícita ou explicitamente previstos no texto constitucional, além daqueles definidos noutras legislações e tratados internacionais, conforme autoriza o artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Historicamente, os direitos sociais são considerados como direitos de segunda geração, os quais surgiram após os direitos civis e políticos, no início do século XX. Também são conhecidos como direitos de igualdade ou direitos a pretensões de natureza prestacional positiva. Todavia, como se asseverou, essa diferenciação cronológica não se aplica de forma absoluta, pois os direitos

⁴⁴ Para fins deste estudo, em substituição à designação “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, serão utilizadas denominações como Constituição brasileira de 1988, Constituição Federal ou Constituição Federal de 1988, com o propósito de facilitar a leitura do texto.

⁴⁵ Nesse sentido, destaca o artigo 6º da Constituição Federal que: “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”.

relacionados à liberdade não foram substituídos pelos direitos de caráter social, mas coexistem para promover efetivamente as garantias individuais.

Nos termos descritos por Pisarello, os direitos sociais são usualmente relacionados à satisfação de necessidades básicas dos indivíduos em âmbitos como saúde, alimentação, educação, trabalho e moradia. Nesse sentido, os bens jurídicos garantidos buscam promover a realização das condições materiais para o exercício efetivo desses direitos, o que interessa a toda a sociedade. Em que pese a sua garantia ser reconhecida a toda a coletividade, a concretização de tais direitos torna-se necessária, em especial, aos indivíduos mais vulneráveis e hipossuficientes, a fim de reduzir as desigualdades existentes entre os grupos favorecidos e aqueles necessitados.⁴⁶

A partir dessa análise, constata-se que “os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos por meio do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais”.⁴⁷ Os direitos sociais consistem em prestações de coisas ou de serviços exigíveis do Estado,⁴⁸ não sendo apenas poderes de agir, mas sim poderes de exigir uma prestação em face do Estado. Por meio da edição de leis e de atos administrativos, o ente estatal deve promover a criação de serviços públicos e organizações aptos a definir, executar e implementar políticas sociais, no âmbito da saúde, educação, trabalho e moradia, a fim de conferir eficácia aos direitos sociais.⁴⁹

Na ótica de Alexy, o direito a uma ação positiva ou direito a uma prestação constituem, basicamente, o direito a algo que o seu titular poderia obter por meio de outras pessoas privadas, caso possuísse recursos financeiros suficientes e se houvesse no mercado uma oferta suficiente. Este é o conceito comumente empregado para definir os direitos a prestações, associados, nessa ótica, a prestações fáticas. Contudo, ressalva que o direito a uma prestação estende-se também à proteção do cidadão contra outros por meio de normas de direito penal, a

⁴⁶ PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 11-15.

⁴⁷ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

⁴⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 174-175.

⁴⁹ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

criação de normas organizacionais e procedimentais, caracterizando-se como direito a prestações normativas.⁵⁰

Os direitos a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, impõem ao Estado a persecução de determinados objetivos, como o direito à saúde, em que há o dever do Poder Público de garantir, por meio de políticas sociais, o acesso universal e igualitário da população para a sua promoção e concretização. No entanto, permanece a dúvida de identificar se e em qual medida a busca pela concretização dos objetivos estatais deve estar vinculada a direitos subjetivos do cidadão. Surge, nesse ponto, a possibilidade de concretização dos direitos a prestações por meio do controle judicial, o que caracteriza uma divisão de competências entre os tribunais e o legislador.⁵¹

Assim como as demais normas constitucionais de direitos fundamentais, aos direitos sociais, sendo sua espécie, aplica-se ainda o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal, de modo que possuem aplicabilidade direta e imediata, devendo sua eficácia ser analisada conforme o contexto de cada direito social. Sob essa ótica, é possível a delimitação dos direitos sociais por meio da atividade legislativa, o que não exclui o dever dos órgãos estatais de buscar atribuir a máxima eficácia e efetividade aos direitos sociais, inclusive através do Poder Judiciário.⁵²

Os direitos sociais, ainda em relação ao seu regime jurídico e sendo espécies de direitos fundamentais, não são passíveis de reforma constitucional, intervenção ou abolição por parte dos órgãos estatais. Tendo em vista a relevância dos direitos e garantias individuais, não podem ser abolidos mediante emenda constitucional, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal. Segundo a doutrina constitucional moderna e em consonância com os postulados do Estado Social, os direitos sociais também devem ser inseridos no rol de direitos intangíveis por meio de proposta de reforma pelo poder constituinte originário.⁵³

No mesmo sentido, Canotilho reconhece que os direitos sociais possuem um “núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 442-444.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 442-444.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. *In*: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 562-567.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 669-681.

direitos, liberdades e garantias”. Isso porque, para o autor, todos os direitos fundamentais possuem, em alguma medida, dimensões regulativo-prestacionais. Tendo em vista a aplicabilidade direta das normas constitucionais garantidoras de prestações, não é possível utilizar princípios como a “reserva do possível” ou a “reserva da lei” a fim de justificar quaisquer restrições que se imponham aos direitos sociais.⁵⁴

Os direitos fundamentais de caráter social também apresentam uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva manifesta-se na possibilidade de tais direitos serem exigíveis em face de seus destinatários, o que gera, no Brasil, discussões críticas acerca das dificuldades no controle judicial das políticas públicas, tendo em vista a escassa disponibilidade de recursos e as limitações decorrentes da reserva do possível. A dimensão objetiva trata da relação desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais que norteiam a sociedade, buscando concretizar o princípio da dignidade humana e redução das desigualdades sociais.⁵⁵

Conforme alude Hesse, os direitos fundamentais são, por um lado, direitos subjetivos, ou seja, direitos do particular que impõem um dever ao Estado de assegurar essa garantia, como a liberdade e o direito à vida. De outro modo, são também direitos objetivos, visto que são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade, integrando o ordenamento jurídico objetivo da sociedade.⁵⁶

Ademais, os direitos sociais sujeitam-se a uma dupla dimensão: a negativa (defensiva), no sentido de que o Estado deve deixar de intervir em determinadas situações, e a positiva (prestacional), buscando concretizar o princípio da igualdade em sentido substancial, a fim de que o Estado efetivamente atue garantindo a sua concretização através da criação de instituições, procedimentos e organizações.⁵⁷

No que concerne à categoria da dimensão prestacional dos direitos, é possível realizar uma distinção entre direitos sociais derivados, significando o direito de exigir uma atuação legislativa apta a concretizar as normas constitucionais, e

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. *In*: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 564-565.

⁵⁶ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 228-229.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. *In*: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 565-566.

direitos sociais originários, correspondendo ao direito de derivar diretamente o fornecimento das prestações, ainda que não tenham sido reguladas no âmbito infraconstitucional.⁵⁸

Nesse contexto, dependendo da forma de positivação e da eficácia dos direitos sociais, alguns deles dependem de atuação legislativa e de um sistema de prestações estatais aptos a conferir-lhes efetividade, de modo que as normas constitucionais que veiculam esse direitos possuem eficácia limitada e aplicabilidade mediata.⁵⁹ Por outro lado, determinados direitos sociais podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram, não necessitando de uma prévia atuação ou de um sistema de prestações.⁶⁰

Em relação à titularidade, qualquer pessoa pode ser titular⁶¹ de direitos sociais, independentemente da nacionalidade ou vínculo de permanência no país, conforme se percebe a partir da redação dos artigos 196 e 225 da Constituição Federal.⁶² A titularidade dos direitos sociais é deferida à pessoa individualmente considerada, não constituindo, como regra, um direito de titularidade coletiva.

⁵⁸ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 408-409.

⁵⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 59-60.

⁶⁰ Acerca do tema, importante mencionar a clássica divisão formulada por José Afonso da Silva no tocante à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais. Para o autor, todas as normas constitucionais possuem determinada eficácia, pois irradiam efeitos jurídicos. Ocorre que algumas normas constitucionais não manifestam a eficácia na plenitude dos efeitos pretendidos pelo constituinte enquanto não for editada uma norma jurídica complementar, diferenciando-se pelo grau de seus efeitos. As normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais e atingem os objetivos pretendidos pelo legislador, possuindo aplicabilidade direta, imediata e integral. As normas constitucionais de eficácia contida incluem também as normas que incidem imediatamente e produzem todos os efeitos visados, mas estabelecem conceitos que dependem de regulamentação para limitar a sua eficácia conforme determinadas circunstâncias, manifestando aplicabilidade direta e imediata (mas não integral). Já as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais ao entrar em vigor, pois não apresentam tamanha normatividade e necessitam de posterior complementação legislativa, possuindo aplicabilidade indireta, mediata e reduzida (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. 2º tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 100, 114 e 116).

⁶¹ Cabe ressaltar a distinção estabelecida por Sarlet em relação aos termos titular e destinatário de direitos fundamentais, os quais são usualmente utilizados, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, como expressões sinônimas. A terminologia mais adequada é titular de direitos fundamentais, visto que, na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, consiste no sujeito ativo da relação jurídica. Já o destinatário é o indivíduo contra o qual o titular pode exigir a proteção ou efetivação do direito pretendido (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 215).

⁶² Conforme a redação do artigo 196, “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Ainda, o artigo 225 também ressalta o direito ao meio ambiente como uma garantia de toda a sociedade: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]”.

Apesar de serem os direitos sociais usualmente relacionados a interesses sociais da coletividade, não podem estes ser confundidos com os direitos coletivos, no sentido de que só possam ser reconhecidos mediante ações de tutela coletiva. Conforme ressalta Perez Luño, os direitos sociais fundamentam-se na proteção das pessoas em um contexto social, assegurando esse direito a cada pessoa individualmente considerada.⁶³ Ressalta-se, nesse aspecto, que não se refuta a possibilidade de uma tutela judicial coletiva nos casos de violação de direitos sociais de grupos da sociedade, desde que isso não impeça a concretização das garantias por meio da tutela individual.⁶⁴

No tocante à força jurídico-constitucional dos direitos sociais, Canotilho estabeleceu cinco premissas jurídicas para definir as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, com base no Acórdão nº 39/84⁶⁵, do Tribunal Constitucional português: 1) os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição possuem vinculatividade normativo-constitucional, ou seja, não constituem simples “programas” ou “linhas de direção política”; 2) as normas garantidoras de direitos sociais devem ser utilizadas como parâmetro de controle judicial quando são analisadas medidas legais que restringem esses direitos; 3) as normas de legislar que envolvem os direitos sociais são verdadeiras imposições, cujo descumprimento pode gerar a inconstitucionalidade por omissão; 4) os deveres impostos ao Estado para a efetivação desses direitos devem impor a adoção de medidas concretas e determinadas, e não em simples promessas abstratas; 5) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não pode servir à livre disponibilidade do legislador.⁶⁶

O direito fundamental à saúde foi assim consagrado no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁶⁷, o qual estabelece que

⁶³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La positividad de los Derechos Sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho. **Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 2, n. 14, p. 168-170, jan. 2006.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 221-226.

⁶⁵ PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão 39/84. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte que revogou os artigos 18.º a 61.º e 64.º a 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/20997/acordao-39-84-de-5-de-maio>> Acesso em: 2 jan. 2021.

⁶⁶ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 482.

⁶⁷ Conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal, “a saúde é direito de todos e dever do

todos os cidadãos têm direito de receber tratamentos de saúde adequados de modo universal e igualitário, devendo o Estado garantir sua máxima efetividade. É considerado, sobretudo, como um direito social ou, como é denominado, de segunda dimensão dos direitos fundamentais, representando um avanço histórico do Estado liberal burguês para um modelo de Estado Social.⁶⁸

Cabe ressaltar que a saúde foi considerada pela primeira vez como um direito fundamental essencial a todos os cidadãos na Constituição Federal de 1988. Durante a história constitucional brasileira, apenas a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 atribuiu a possibilidade de competência concorrente à União e aos estados cuidar da saúde e da assistência médica da população.⁶⁹ Ademais, em seu texto constitucional, havia uma preocupação inicial em relação a medidas de combate à mortalidade infantil, higiene social, a fim de impedir a propagação de doenças transmissíveis, e a “higiene mental” provocada pelos “venenos sociais”.⁷⁰

A partir da constitucionalização do direito fundamental à saúde, trouxe aos indivíduos e à própria coletividade anteriormente excluída das políticas estatais a possibilidade de exigir dos poderes públicos, sobretudo do Poder Judiciário, o cumprimento das disposições positivadas, mediante a aquisição de medicamentos e prestação de serviços de saúde. Por conseguinte, passa-se de um período no qual o a saúde era vista como um mero valor ou princípio sem efeitos práticos para a sua concepção como um direito social autoaplicável e de interesse público.⁷¹

No capítulo acerca da ordem econômica e social, são definidos como preceitos a serem observados pela legislação trabalhista a assistência médica e sanitária. As demais constituições brasileiras trataram de modo efêmero acerca 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”.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011, p. 4.

⁶⁹ Com efeito, o artigo 10, II, da Constituição de 1934 dispõe que: “compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II - cuidar da saúde e assistência públicas”.

⁷⁰ Nestes termos, o artigo 138, “f” e “g”, da Constituição de 1934 assevera que “incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbilidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

⁷¹ CHAVES, André Santos; MARTINI, Sandra Regina. Necessidade de confiança na jurisdição constitucional para efetivação do direito à saúde. **Revista Interações**, Campo Grande, v. 19, n. 1, jan./mar. 2018, p. 81.

tema, meramente em relação à competência da União para a legislação e organização da saúde e a necessidade de sua proteção ao trabalhador.⁷²

Conforme estabelecido na Declaração de Alma-Ata, realizada durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de saúde, em 1978:

[...] a saúde - estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.⁷³

Relaciona-se, especialmente, com o direito à vida e o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de garantir a integridade física e psíquica do ser humano como bem jurídico essencial.⁷⁴ Segundo ressalva Loureiro, a saúde é caracterizada por sua interdependência em relação a outros bens e direitos fundamentais, tais como a alimentação, dignidade da pessoa humana, moradia e seguridade social, com os quais apresenta zonas de sobreposição autonomamente protegidas.⁷⁵

A Constituição Federal, ao estabelecer a fundamentalidade do direito social à saúde, também designa ao Estado o dever de promover ações e políticas públicas capazes de garantir à população o acesso aos serviços de proteção e promoção da saúde, além de garantir a redução dos riscos de doenças.⁷⁶ Desse modo, a implementação, fiscalização e controle incumbe ao Poder Público, por meio da criação de instituições jurídicas, adoção de diretrizes e participação da sociedade,

⁷² DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 10.

⁷³ DECLARAÇÃO de Alma-Ata. **Declaration of Alma-Ata**. 6 a 12 de setembro de 1978, produzida durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de Saúde. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em: 30 jan. 2021.

⁷⁴ Durante a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), o preâmbulo de sua Constituição, de 1946, destaca que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Logo, a saúde depende tanto de características individuais, físicas e psicológicas, quanto do ambiente social e econômico promovido pelos entes estatais (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 9 abr. 2021).

⁷⁵ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 44-47.

⁷⁶ CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo Sales. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29-30.

nos termos dos artigos 197 e 198 da Constituição Federal.⁷⁷

Outrossim, a saúde constitui um direito originário a prestações, isto é, um direito subjetivo para que a população possa usufruir de prestações materiais necessárias à proteção da vida e da dignidade humana, o que não significa considerá-lo como um direito ilimitado e aplicado a qualquer prestação estatal.⁷⁸ Nesse sentido, aplica-se ao direito à saúde a divisão, conforme explanado, entre a dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, visto que abrange um conjunto de direitos subjetivos de caráter defensivo e prestacional.⁷⁹

Da leitura dos artigos 196 e 200 da Constituição Federal, encontra-se diante tanto de normas definidoras do direito fundamental à saúde, estabelecendo suas diretrizes e definindo-o como um direito de todos, quanto de normas de cunho impositivo de deveres, visto que ao Estado incumbe a promoção de políticas públicas aptas a concretizar essa garantia.⁸⁰

Nesse contexto, abrange um conjunto de políticas públicas de cunho prestacional positivo, voltadas à garantia da integridade física e psíquica do cidadão, de modo a conferir-lhe dignidade.⁸¹ Para alcançar esse desiderato, o Estado pode concretizar ações preventivas que, indiretamente, produzem efeitos no âmbito da saúde, a exemplo de investimentos em saneamento básico, fornecimento de água potável e saúde pública, ou ainda, ações curativas que são efetivadas mediante a prestação de serviços relacionados a tratamentos médicos, atendimento hospitalar, fornecimento de medicamentos, dentre outros.

Em relação ao caráter das normas constitucionais que regem o direito à

⁷⁷ Do artigo 197 da Constituição Federal, extrai-se que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”. Em continuidade, o artigo 198 do texto constitucional estabelece que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade”.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 591.

⁷⁹ FABRE, Cécile. **Social Rights Under the Constitution: government and the decent life**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004, p. 53-57.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 590.

⁸¹ PEREIRA, Faís dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, out./dez. 2012, p. 124-125.

saúde, são consideradas como normas programáticas, isto é, possuem eficácia limitada e não podem ser aplicadas de forma direta e imediata, dependendo da interposição do legislador para a adequada definição e sistematização desse direito. Segundo dispõe Sarlet, em sua obra, essas normas são caracterizadas por apresentarem baixa densidade normativa ou normatividade insuficiente para alcançarem a eficácia plena, pois estabelecem tarefas a serem concretizadas pelo Estado.⁸²

Entretanto, isso não significa afirmar que as normas constitucionais relativas ao direito à saúde, isoladamente, não surtem efeitos jurídicos. Cabe ressaltar que, mesmo as normas constitucionais de cunho programático são dotadas de eficácia, não constituindo meras proclamações ideológicas ou políticas. Apesar de constituir uma tarefa do legislador a concretização dos fins e programas contidos no direito à saúde, é inerente a tais normas o caráter de normas jurídicas, tendo em vista que, ainda que ausente qualquer ato concretizador, estão aptas a produzir efeitos jurídicos. Portanto, são passíveis de aplicação imediata, conforme o artigo 5º, §1º do texto constitucional.⁸³

Feitas essas considerações preliminares, importante ressaltar ainda, o entendimento de que o direito à saúde se coaduna com a dupla fundamentalidade formal e material dos direitos e garantias fundamentais. A fundamentalidade formal refere-se ao direito positivado na Constituição Federal, manifestando três aspectos: 1) os direitos fundamentais constituem uma parte integrante da Constituição, permanecendo hierarquicamente superiores em relação às demais normas do ordenamento jurídico; 2) sendo normas fundamentais escritas, também se sujeitam aos limites formais, isto é, ao procedimento para a modificação das garantias constitucionais, e aos limites materiais, quais sejam, as cláusulas pétreas; 3) conforme o disposto no §1º do artigo 5º, as normas que estabelecem os direitos fundamentais vinculam diretamente as entidades estatais e os próprios indivíduos. Em relação à fundamentalidade material, esta relaciona-se à importância do bem jurídico garantido, o que se configura, no caso concreto, como a importância da concretização da saúde para a coletividade.⁸⁴

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.300-301.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 300-301.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do

Portanto, evidencia-se que o direito do cidadão à saúde consubstancia-se, por consequência, num dever fundamental do Estado de prestação de saúde por meio de políticas públicas. É o que se infere do disposto no artigo 196, do texto constitucional, ao dispor que: a) a saúde é direito de todos, b) é dever do Estado, c) efetivada mediante políticas sociais e econômicas, d) voltadas à redução de riscos de doenças e de outros agravos, e) mediante acesso universal e igualitário.⁸⁵ Em síntese, o direito à saúde pode apresentar-se sob diferentes óticas conforme a análise do caso concreto, sendo um direito individual, coletivo e metaindividual.⁸⁶

A partir dessas premissas, ressalta-se que a saúde é um direito fundamental assegurado a todos, sendo inerente à vida, dignidade e integridade física e psicológica do ser humano. Desse modo, é dever do Estado promover as condições indispensáveis para o seu adequado exercício, seja por meio da Administração Pública, a responsável por concretizar essa garantia, seja por meio de auxílio do Poder Judiciário.⁸⁷

Do texto constitucional é possível abstrair que quando o Estado atende demandas sociais relacionadas à saúde, essa prestação positiva deve ser concedida a todos os cidadãos, de forma igualitária e universal. Ao definir a saúde como direito de todos, atribuiu-lhe um caráter de generalidade, significando que ninguém pode ser impedido de obter uma prestação estatal a ela relacionada. A igualdade implica em não conferir distinção ou privilégios de tratamento a situações idênticas. A universalidade pressupõe uma responsabilidade solidária entre os entes da Federação.

Nesse aspecto, a efetividade do direito fundamental à saúde apresenta dificuldades evidentes, em razão da reduzida capacidade orçamentária dos entes estatais em concretizá-lo àqueles que necessitam fruir da sua garantia. Haja vista a importância da efetiva concretização desse direito à parcela da população desprovida de recursos financeiros, a saúde tornou-se, no contexto político e social,

direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011, p. 2.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Sociais. In: BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 643-644.

⁸⁶ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005, p. 62.

⁸⁷ BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCWARTZ, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 177, jan./mar. 2008, p. 261.

um tema amplamente debatido no sentido de conferir maior proteção e aplicabilidade jurídica. O problema principal envolve a concretização do direito fundamental à saúde em níveis que oportunizem uma vida com dignidade às pessoas que necessitam do amparo do Estado de forma gratuita, sendo fundamental analisar o atual modelo de execução de ações e serviços de saúde a fim de compreender os seus aspectos positivos e negativos.

1.3 O MODELO ATUAL DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Feitas as considerações acerca do direito fundamental à saúde, seu conceito e características, importante descrever o modo como esse direito é concretizado na sociedade brasileira. O legislador constituinte de 1988 optou, em seu texto, por estabelecer um modelo básico de sistematização e procedimentos para a efetiva aplicação do direito fundamental à saúde. Porém, anteriormente à exposição sobre o atual sistema de saúde adotado pelo Brasil, é necessário analisar a sua trajetória histórica e os métodos utilizados para a sua garantia.

A adoção de medidas aptas a controlar os constantes problemas de saúde pública no Brasil inicia-se no século XIX, com a chegada da Corte Portuguesa ao Brasil, em que foram realizadas ações voltadas ao controle da lepra, da peste e, em especial, o controle sanitário contra doenças que se alastraram nesse período. Após essas ínfimas propostas para a erradicação de doenças, somente entre os anos de 1870 e 1930 o Estado empregou ações efetivas em relação à saúde pública, por meio de um modelo “campanhista”⁸⁸, caracterizado por utilizar a autoridade policial e relembrado pelos diversos abusos cometidos.⁸⁹

Contudo, até o início do século XX eram irrelevantes as ações públicas de caráter curativo, as quais eram exercidas apenas por serviços de saúde privados e por entidades de caridade. Em 1923, com a promulgação do Decreto nº 4.682, popularmente conhecida como Lei Eloy Chaves, foi instituído o sistema de Caixas de

⁸⁸ A fim de erradicar as doenças epidêmicas que se alastravam pelo território brasileiro, em 1904, foi editada a Lei Federal nº 1.261, a qual tornou obrigatório em todo o país a vacinação contra a varíola.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 42-44.

Aposentadoria e Pensão (CAPs), a qual atendeu, inicialmente, os trabalhadores ferroviários e depois estendeu-se aos trabalhadores marítimos e estivadores⁹⁰.

Estas consistiam em entidades públicas autônomas ao Estado, organizadas por empresas e administradas por representação direta de empregados e empregadores. Seus serviços eram custeados por recursos provenientes de contribuições compulsórias dos empregados, empregadores e da União, possuindo finalidade essencialmente assistencial. Entre as prestações oferecidas por esse sistema, além da previdência social, previa-se aos trabalhadores a assistência médica e o fornecimento de medicamentos.⁹¹ Posteriormente, o caráter fragmentário desse programa, em que as regulamentações dependiam de cada órgão, os CAPs foram oficialmente extintos.⁹²

A partir de 1930, o sistema de saúde passou por estruturação básica a fim de incluir também as ações curativas, sendo criados o Ministério da Educação e Saúde Pública e os Institutos de Previdência (IAPs), que eram responsáveis por oferecer serviços de saúde curativos. Nessa década, a Constituição Federal de 1934 estabeleceu, pela primeira vez, um regramento inicial acerca do direito fundamental à saúde, prevendo como competência concorrente à União e aos Estados o dever de zelar pela sua concretização. Já a Constituição de 1937, baseada em um viés autoritário, atribuiu esta competência privativamente à União.

Destaca-se ainda, em 1941, a reforma de Barros Barreto, na qual são instituídos órgãos normativos e supletivos para promover a assistência sanitária e hospitalar, além da ação direta de órgãos executivos contra endemias predominantes no país, como malária e febre amarela.⁹³

Em 1949, ocorre uma grande inovação em relação à assistência médica e hospitalar: a criação do Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência

⁹⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 39-41.

⁹¹ Em seu artigo 9º, o Decreto nº 4.682, além de instituir os benefícios previdenciários, estipulou que “os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra a, terão direito: 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração”.

⁹² MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde*. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 237.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 42-44.

(SAMDU)⁹⁴. Sua importância decorre, em especial, do fato de ser o primeiro serviço de atendimento médico domiciliar no setor público, o que, até então, existia apenas no serviço privado, além do atendimento universal, mas ainda limitado a casos de urgência.⁹⁵

Com o início do regime militar, os IAPs foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)⁹⁶ e, posteriormente, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS)⁹⁷, buscando diminuir a segmentação e aumentar a eficiência do sistema. Entretanto, a assistência à saúde possuía estreita relação com as atividades previdenciárias e aplicava-se majoritariamente aos empregados formais, o que, na época, constituía a minoria da população.⁹⁸

Por meio da promulgação da Lei nº 6.229/75, foi instituído o Sistema Nacional de Saúde, incumbindo ao Ministério da Saúde e ao Ministério da Previdência e Assistência Social as atividades de promoção, proteção e recuperação da saúde. Entretanto, a lei conferia prioridade ao setor privado na prestação dos serviços de saúde, de modo que grande parte da população brasileira permaneceu

⁹⁴ O Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência foi regulamentado pelo Decreto nº 27.664, de 1949, que consagrou, em seu artigo 1º, que “a assistência médica domiciliar e de socorro urgente para os assegurados e beneficiários dos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões será prestada por intermédio de “comunidades de serviços”, sob a denominação de Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social (Sandu), sediadas no Instituto ou Caixa que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio designar, de acordo com a maior conveniência de realização do serviço”.

⁹⁵ MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde*. In: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 237.

⁹⁶ O Instituto Nacional de Previdência Social foi criado através da edição do Decreto-Lei nº 72, de 1966, o qual estabeleceu, em seu artigo 1º, que “os atuais Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados sob a denominação de Instituto Nacional de Previdência Social (INPS)”. Com efeito, o artigo 6º do Decreto-Lei nº 72, de 1966, determinou que “o sistema geral da previdência social, destinado a ministrar aos segurados e seus dependentes as prestações estabelecidas nesta lei, constitui-se dos seguintes órgãos: I - órgãos de orientação e controle administrativo ou jurisdicional, integrados na estrutura do Ministério do Trabalho e Previdência Social: a) Secretaria da Previdência Social, b) Secretaria de Assistência Médico-Social. II - órgão de administração e execução, vinculado ao mesmo Ministério: Instituto Nacional de Previdência Social”.

⁹⁷ O Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social era vinculado ao Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e ao Ministério da Previdência e Assistência Social, conforme definido pela Lei nº 6.439, de 1977.

⁹⁸ História do Sistema Único de Saúde – SUS. In: **A Saúde no Brasil: História do Sistema Único de Saúde**, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Nota Técnica nº 10, de 30 de agosto de 2011. Elaborado pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

sem acesso aos serviços básicos de assistência médica.⁹⁹

Após o fim da ditadura militar e com o desenvolvimento de estudos e conferências acerca da saúde como política pública, na década de 80, o INAMPS passou a adotar medidas centradas na ideia do acesso universal da população aos serviços de saúde, deixando de exigir a Carteira de Segurado do INAMPS como requisito para o atendimento em hospitais.

Em seguida, são consolidadas as Ações Integradas de Saúde (AIS), buscando a ampliação da prestação de cuidados e o aumento dos recursos para as ações promovidas pelo Estado, o que culminou, em 1987, com a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS)¹⁰⁰. Esse sistema promoveu a reformulação do modelo de saúde pública adotado no Brasil, permitindo uma maior acessibilidade à população, o qual foi substituído pelo Sistema Único de Saúde (SUS) como resultado das novas diretrizes delineadas pela Constituição de 1988.¹⁰¹

O texto constitucional consolidou um avanço na forma como a saúde passou a ser tratada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a importância conferida ao tema e a sua definição expressa como um direito fundamental. Nos artigos 196 a 200, restou expressa como um direito de todos e um dever do Estado, prevendo a criação de um sistema único de saúde, a fim de executar, fiscalizar e organizar as ações envolvendo a saúde pública. O modelo instituído destacou a dimensão objetiva do direito à saúde, bem como sua função protetiva na sociedade, caracterizando-se como uma garantia institucional fundamental.¹⁰²

Após a promulgação da Constituição, a saúde e seu sistema unificado foram regulados, no âmbito infraconstitucional, pela Lei nº 8.080/90¹⁰³. Segundo a previsão

⁹⁹ LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007, p. 116.

¹⁰⁰ Durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida entre os dias 17 a 21 de março de 1986, discutiu-se sobre a necessidade de implantação de um sistema unificado de saúde pública, a fim de atender amplamente a população e desvincular-se da Previdência Social. Relatório disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Inspirado por tais discussões, em julho do mesmo ano promulgou-se o Decreto nº 94.657, dispondo sobre a criação do Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos estados.

¹⁰¹ CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 27, n. 78, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

¹⁰² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-139.

¹⁰³ Nesse sentido, dispõe o artigo 2º da Lei 8.080/90 que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e

do artigo 4º da referida Lei, o Sistema Único de Saúde pode ser definido como “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”. Ao contrário dos modelos anteriores de gestão da saúde, relacionados à Previdência Social, o legislador, tanto no texto constitucional quanto na lei específica, determinou a criação de um sistema autônomo e de acesso universal aos serviços de saúde.

De acordo com o artigo 198 do texto constitucional¹⁰⁴, as ações e serviços públicos de saúde formam uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de forma descentralizada com atuação para cada ente estatal. Busca-se, com isso, promover o atendimento integral da população, priorizando atividades preventivas, mas também assegurando os serviços essenciais e a participação da sociedade.

Uma das principais inovações referentes aos modelos anteriores de efetivação do direito à saúde é a previsão expressa, no artigo 196, acerca do acesso universal, integral e igualitário aos serviços de saúde, sendo dever do Estado a realização de medidas para a promoção e proteção desse direito. A universalidade no acesso aos serviços de saúde, ao contrário do sistema previsto anteriormente, não mais condiciona o acesso à existência de cadastro do indivíduo no sistema previdenciário. Assegurou-se ainda a integralidade do atendimento, de modo a considerar o indivíduo em sua totalidade, analisando não apenas a presença de doenças, mas todas as condicionantes sociais de diversas naturezas.¹⁰⁵

Ademais, no artigo 43 da Lei nº 8.080/90¹⁰⁶, garantiu-se a gratuidade dos serviços de saúde, buscando isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla

sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

¹⁰⁴ O artigo 198 da Constituição Federal define que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

¹⁰⁵ ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 140.

¹⁰⁶ O artigo 43 da Lei nº 8.080/90 estabelece que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito a todos os indivíduos.¹⁰⁷

No que concerne às atribuições do Sistema Único de Saúde, o artigo 200 da Constituição estabelece, em síntese, as seguintes diretrizes: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e equipamentos; b) executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica; c) ordenar os recursos humanos na área de saúde; d) participar e executar políticas públicas e ações de saneamento básico; e) promover o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas de consumo humano; g) participar do controle de substâncias tóxicas, psicoativas e radioativas; h) promover a proteção do meio ambiente e do ambiente de trabalho.¹⁰⁸

Dito isto, o Sistema Único de Saúde caracteriza-se por alguns princípios informadores, conforme destacam Sarlet e Figueiredo, dentre eles: unidade, descentralização, regionalização e hierarquização, integralidade e participação da comunidade.

O princípio da unidade denota a existência de um sistema único e unificado, buscando superar as limitações dos sistemas anteriores que contemplava apenas o trabalhador com vínculo formal de emprego, dependente do então Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). A instituição de um sistema único abrange todas as pessoas ao mesmo planejamento, ações e serviços de saúde.

Pelo princípio da descentralização, o Sistema Único de Saúde é constituído, embora unificado, por uma rede regionalizada e hierarquizada, na qual se preserva a

¹⁰⁷ MERCANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil*. In: FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 248-250. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

¹⁰⁸ Com efeito, o artigo 200 da Constituição Federal alude que “ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

direção única de cada esfera do governo.¹⁰⁹ O princípio da regionalização permite que as ações e serviços de saúde atendam às peculiaridades de cada local, atendendo tanto as diretrizes da Organização Mundial de Saúde (OMS), quanto as reivindicações de cada região ou município brasileiro. Assim, a municipalização é essencial para a ampliação do acesso ao sistema de saúde, principalmente em razão da garantia de equilíbrio na distribuição de recursos de saúde, conforme os princípios da subsidiariedade e equidade da prestação de assistência. Esses princípios regulam, ainda, as regras constitucionais de distribuição de competência em matéria de saúde, como a legislação infraconstitucional, segundo a qual a responsabilidade por ações de saúde é, em especial, dos Municípios e dos Estados, sendo que a União atua de modo supletivo e subsidiário.

O princípio da hierarquização indica a execução da assistência à saúde em níveis crescentes de complexidade, visto que o atendimento da população abrange os procedimentos mais simples até os níveis de maior complexidade, conforme as circunstâncias do caso. Logo, a hierarquização constitui um critério de distribuição dos serviços de saúde, em que as ações de atenção básica devem estar presentes em todos os municípios, ao contrário das ações de alta complexidade, centralizadas em grandes centros especializados do país.

De acordo com o princípio da integralidade de atendimento, a cobertura dos serviços oferecida pelo SUS deve ser ampla, a fim de abranger todos os indivíduos que busquem serviços de saúde em hospitais, postos de saúde e nos demais centros de atendimento. Vale dizer, incidem diretamente a esse caso os princípios da prevenção e precaução, no intuito de garantir a segurança e prioridade de atividades preventivas, além dos princípios da razoabilidade e eficiência, no sentido de que não se considera razoável um tratamento com eficácia ainda não comprovada.

Por fim, os mesmos autores destacam que o SUS caracteriza-se pela participação direta e indireta da comunidade, exercendo o controle social de políticas públicas de saúde. Essa participação pode ocorrer através de representantes da sociedade civil em Conferências de Saúde, perante os Conselhos de Saúde e agências reguladoras. Trata-se, nesse âmbito, de direitos a prestações em sentido amplo, isto é, direitos de participação na organização e no procedimento, de forma

¹⁰⁹ Alguns dos princípios informadores do SUS estão previstos no artigo 7º da Lei 8.080/90, segundo o qual “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:”

democrática e participativa.¹¹⁰

Outrossim, o Sistema Único de Saúde deve ser financiado por meio do orçamento da seguridade social e das respectivas esferas de governo, conforme previsto no artigo 198, §1º, da Constituição Federal.¹¹¹ Contudo, levando-se em conta as despesas ocasionadas para a manutenção da saúde como garantia universal e gratuita, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, prevendo recursos mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde, inserindo os parágrafos 2º e 3º ao artigo 198 da Constituição Federal.¹¹²

Em relação à repartição de competências, a Constituição Federal atribuiu o poder de legislar acerca da proteção e defesa da saúde de forma concorrente entre a União, Estados e Municípios, conforme preceituam os artigos 24, XII, e 30, II, do texto constitucional. Sob a ótica do princípio federativo, à União incumbe a previsão de normas gerais acerca do direito à saúde, tendo em vista a disposição do artigo 24, §1º. Já aos Estados cabe a edição de legislação complementar, em consonância com o artigo 24, §2º. Por fim, aos Municípios, resta legislar sobre os assuntos de interesse local, além de igualmente suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme o artigo 30, II e II.¹¹³

No âmbito administrativo, isto é, acerca da possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, o legislador constituinte atribuiu competência comum à União, Estados e Municípios, segundo o artigo 23, II. Como todos os entes da federação são competentes para formular e executar políticas públicas de saúde,

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-142.

¹¹¹ Segundo dispõe o artigo 198, §1º, da Constituição Federal, “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”.

¹¹² Dallari destaca que as receitas a serem vinculadas ao financiamento do Sistema Único de Saúde devem ser calculadas com base em percentuais do produto da arrecadação de alguns impostos, para as esferas estadual e municipal, e na forma definida em lei complementar, para a União, conforme o artigo 198, §2º. Em 2012, mediante a aprovação da Lei Complementar nº 141, estabeleceram-se os critérios para a distribuição de receitas destinadas ao Sistema Único de Saúde, regulamentando o artigo 198, §3º da Constituição Federal (DALLARI, DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 15.

¹¹³ DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 25, n. 5, out. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013>. Acesso em: 6 jan. 2021.

deve haver cooperação entre eles, a fim de consagrar o equilíbrio do desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional, nos termos do artigo 23, parágrafo único.¹¹⁴

No tocante à participação da iniciativa privada na assistência à saúde, esta pode ocorrer de duas formas: a) mediante a denominada “saúde complementar”, em que há convênio ou contrato de direito público firmado com o SUS, privilegiando as entidades filantrópicas e sem fins lucrativos; b) mediante a chamada “saúde suplementar”, na qual a assistência é prestada diretamente por operadoras de planos de saúde, sendo firmados contrato de direito privado.¹¹⁵ No caso da saúde complementar, a atividade é delegada à iniciativa privada, excluindo-se a participação de empresas ou capital estrangeiro, atuando no lugar da Administração Pública e sujeitando-se aos limites previstos no contrato administrativo, na forma do artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Já na hipótese da saúde suplementar, a assistência à saúde decorre de contrato privado firmado entre um indivíduo ou grupo de pessoas e o plano de saúde, incidindo os princípios da autonomia das partes e da liberdade contratual.¹¹⁶

A existência de um sistema de saúde público e universal mostrou-se como um fator altamente positivo diante do cenário hodierno de pandemia do novo coronavírus (COVID-19), o qual ocasionou a crescente expansão de uma crise sanitária, econômica e social em âmbito mundial. Tendo em vista ser uma doença de grave e de rápida evolução, bem como causar variados efeitos nos indivíduos por ela contaminados, o sistema de saúde brasileiro vivenciou tensões extremas, com hospitais com lotação máxima, falta de vagas em Unidades de Terapia Intensiva (UTI) e escassez de insumos necessários para o tratamento da doença.

Considerada como a “primeira Praga do século XXI”¹¹⁷, a transmissão da doença aumentou exponencialmente desde a notícia do seu primeiro caso na cidade

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2017, p. 44-46.

¹¹⁵ A prestação de serviços de saúde por meio de planos de saúde deve estar em conformidade com a Lei nº 9.656/98 e com as diretrizes estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 137-140.

¹¹⁷ ABRAHAM, Thomas. **Twenty-First Century Plague: The Story of SARS**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2005.

de São Paulo, em fevereiro de 2020, provocando até junho de 2021 mais que 470 mil mortos no país.¹¹⁸ Como aspecto relevante, destaca-se que a intensa globalização e transnacionalidade das relações sociais, políticas e econômicas, fenômeno denominado como “globalização”, tornou ainda mais célere a difusão da COVID-19 pelo mundo. Isso porque a globalização não possui uma concepção puramente econômica, mas sim multifacetada e jurídica, compreendida a partir de uma interdisciplinaridade sistêmica.¹¹⁹

No entanto, embora seja louvável no Brasil a existência de um sistema universal de saúde pública, um fator essencial para o tratamento dos acometidos pelo coronavírus, fato é que existem diversos desafios no enfrentamento à pandemia em um país marcado por sua dimensão continental e desigualdades sociais. Do mesmo modo, devido à rápida proliferação de casos de COVID-19, os recursos financeiros, já escassos, passaram a abranger um número superior de pacientes que o normalmente esperado.¹²⁰

Em meio a uma realidade marcada pela prestação ineficiente do direito fundamental à saúde, a situação excepcional e emergencial provocada pela pandemia tornou necessária a tomada de decisões e respostas urgentes por parte do Estado, o que não se verificou totalmente. Diante da análise das consequências práticas decorrentes do contexto pandêmico, evidencia-se que a gratuidade ampla não torna adequada e eficiente a prestação de serviços de saúde à população, o que passa a ser alarmante justamente em um momento no qual a proteção à saúde é ainda mais imperiosa.

O propósito de se contextualizar a origem e evolução dos direitos fundamentais, com ênfase para o direito à saúde e como se estruturou no Brasil, estabelecendo-se ainda uma abordagem prática a partir da pandemia do COVID-19, foi estabelecer uma preparação para o aprofundamento da temática que a seguir

¹¹⁸ PORTAL G1. **Brasil se aproxima de 470 mil mortos por Covid, com média móvel de 1.862 vítimas por dia.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/03/brasil-se-aproxima-de-470-mil-mortos-por-covid-com-media-movel-de-1862-vitimas-por-dia.ghtml>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

¹¹⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do Direito Global! Há espaço para os juizados especiais federais? *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (orgs.). **Constitucionalismo em mutação – reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 154.

¹²⁰ COHN, Amélia; PINTO, Rosa Maria Ferreiro. COVID-19 – Desafios para o SUS e para a Rede de Proteção Social na Garantia do Direito à Saúde. *In*: ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e; AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal; LAMY, Marcelo. **Direito da Saúde na era pós Covid-19**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 67-69.

será tratada. Como se inferiu, o artigo 196 da Constituição Federal não faz referência à gratuidade, mas a Lei nº 8.080/90 alargou o sentido da norma constitucional, prevendo-a expressamente.

A partir da contextualização acerca do atual modelo de concretização do direito fundamental à saúde, avaliar-se-á se é possível interpretar a gratuidade da saúde como um direito fundamental destinado apenas às pessoas consideradas hipossuficientes. Ao buscar-se compreender a origem e a evolução dos direitos fundamentais, especialmente em relação à saúde, objetivou-se estabelecer uma reflexão inicial acerca do modelo atual de concretização da saúde pública, o que se continuará a discutir e aprofundar na seção seguinte, comparando-o com o sistema de saúde norte-americano.

1.4 OS FUNDAMENTOS DO SISTEMA DE SAÚDE NORTE-AMERICANO

A efetividade do direito fundamental à saúde apresenta dificuldades evidentes, devido à restrita capacidade orçamentária dos entes estatais em concretizá-los aqueles que efetivamente necessitam de tratamentos médicos ou medicamentos. Considerando-se a importância da adequada realização desse direito à parcela da população desprovida de recursos financeiros suficientes, é relevante discutir-se sobre o atual modelo adotado pelos Estados Unidos, com o intuito de compreender seus aspectos positivos e negativos, especialmente em comparação ao Brasil.

De plano, ressalta-se que, diferentemente do Brasil, a saúde não é protegida expressamente pela Constituição norte-americana como um direito fundamental, notavelmente pois, quando o texto constitucional iniciou sua vigência em 1789, sofrendo poucas alterações desde então. Naquele contexto histórico, o constituinte estava mais preocupado em garantir a liberdade de seus cidadãos da antiga metrópole britânica, ao invés de promover direitos e políticas públicas como o acesso à saúde.

Sem embargo, isso não significa que os direitos sociais não são protegidos como relevantes direitos fundamentais, mas apenas que são protegidos, em maior medida, por regulações infraconstitucionais e outros atos públicos. Como exemplo, o direito à saúde encontra-se especificado no *Affordable Care Act (ACA)*, *Health*

Insurance Portability (HIPAA), Accountability Act (HIPAA), entre outros.

Haja vista que a saúde nunca foi descrita de forma explícita no texto constitucional, o questionamento que permanece não é se o indivíduo é titular do direito fundamental à saúde quando possui condições de arcar com seus custos, mas sim se o governo possui a obrigação de promover serviços de saúde àqueles que não podem suportar seu ônus.¹²¹

Na maioria de suas decisões, a Suprema Corte norte-americana ainda não reconheceu a existência de um direito implícito à saúde em situações nas quais o indivíduo não pode pagar pela assistência ou tratamento médico. Ainda que a Constituição e as interpretações judiciais não tenham identificado um direito fundamental à saúde a ser custeado pelo Estado, o Congresso já promulgou diversas leis estabelecendo o direito ao cidadão de receber serviços médicos como uma política pública estatal. Além disso, as obrigações governamentais de promover serviços médicos pode ser encontrada em diversas Constituições estaduais.¹²²

Ao se compreender a necessidade de respaldar a saúde como uma garantia fundamental dos indivíduos, ainda que não prevista de modo expresso em sede constitucional, permanece nos Estados Unidos um problema similar em relação ao Brasil: a falta de especificação acerca do modo como os serviços de saúde serão oferecidos à comunidade. Não há uma determinação suficiente sobre determinados requisitos, como a forma pela qual o Estado deverá fornecer medicamentos e tratamentos médicos a todos os indivíduos, independentemente de suas condições econômicas ou financeiras.¹²³ Essa questão somente será regulada, como uma política pública, pela legislação infraconstitucional.

O sistema de saúde norte-americano possui algumas diferenciações em relação ao brasileiro. Embora seja um dos países mais desenvolvidos economicamente do mundo, na questão de promoção de políticas públicas de saúde, o sistema instituído pelos Estados Unidos sofreu diversas críticas ao longo dos anos. Esse fato se justifica pois não há um modelo uniforme e universal. O país gasta aproximadamente um quinto de seu Produto Interno Bruto (PIB) em serviços

¹²¹ SWENDIMAN, Kathleen S. Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers. **Congress Research Service Report**. Washington, abr. 2010, p. 6 and 12.

¹²² SWENDIMAN, Kathleen S. Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers. **Congress Research Service Report**. Washington, abr. 2010, p. 2.

¹²³ CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo, n. 22, v. 13, set./dec. 2017, p. 175.

de saúde pública, o que corresponde a aproximadamente três trilhões por ano, mas serviços mínimos e adequados não são oferecidos à totalidade da população, especialmente aos cidadãos de baixa renda.¹²⁴

Esse Sistema é baseado, majoritariamente, por seguros privados, havendo apenas o financiamento de assistência de saúde a duas espécies de seguros: 1) *Medicare*, que consiste em um programa do governo federal, com regulação nacional e uniforme, destinado a indivíduos aposentados, ou seja, com mais de 65 anos de idade, bem como seus dependentes; 2) *Medicaid*, um programa controlado pelos Estados, o que implica em maior heterogeneidade à cobertura oferecida, pois depende das capacidades financeiras distintas dos entes federativos. O objetivo é proteger especialmente às pessoas de baixa renda, por meio da demonstração de capacidade financeira.

Ao contrário do Brasil, o qual disponibiliza um sistema de saúde universal a todos os cidadãos, independente de critérios econômicos ou financeiros, fora desses dois programas oferecidos pelo governo norte-americano, a maior parte da população deve arcar com os custos de um seguro privado. Visando a reduzir as consequências da abstenção do setor público em resguardar as pessoas que não se enquadram nesses programas, o número de financiamento privado baseado em seguros coletivos aumentou, envolvendo principalmente os amplos setores corporativos e as empresas.¹²⁵

Posteriormente, em 2010, os Estados Unidos aprovaram uma reforma que buscou atribuir características sociais ao sistema de acesso à saúde pública, considerado, até então, como de natureza individual. Como forma de aperfeiçoar a eficiência e o atendimento básico dos serviços de promoção à saúde, o denominado *Patient Protection and Affordable Care Act* instituiu um mercado organizado para a aquisição de planos de saúde, denominado *National Health Insurance Exchange*, o qual apresenta preços inferiores aos usuais e amplia o acesso a cidadãos de baixa renda.¹²⁶ Em decorrência da redução de custos, os cidadãos norte-americanos tornaram-se obrigados a contratar planos de assistência médica, através de seus

¹²⁴ ROSENTHAL, Elisabeth. **An American Sickness**: how healthcare became big business and how you can take it back. New York: Penguin Press, 2017, p. 12.

¹²⁵ FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Planejamento de Políticas Públicas**. Brasília, n. 3, jun. 1990, p. 143-147.

¹²⁶ COSTA, Júlio Pinto da. A Reforma Obama e o Sistema de Saúde dos EUA. **Arquivos de Medicina**. Porto Alegre, v. 27, n. 4, ago. 2013, p. 160-161.

empregadores, individualmente ou por programas públicas, sob a penalidade de pagamento de multas.

Para corroborar as informações sobre o sistema de saúde americano, pesquisadores estimam que, em 2014, 283,2 milhões de pessoas nos EUA ou 89,6% da população possuíam algum tipo de seguro saúde, sendo que 66% dos trabalhadores estão assegurados através de planos de assistência médica. Entre os segurados, 115,4 milhões de pessoas ou 36,5% da população receberam cobertura do governo dos Estados Unidos. Além disso, cerca de 32,9 milhões de pessoas não possuíam plano de saúde, o que dificulta ainda mais a concretização deste importante direito.¹²⁷

Ainda assim, embora o governo desempenhe um papel pequeno na concretização do direito fundamental à saúde, os EUA representam um dos países que mais gastam recursos com serviços de saúde. Em comparação com outros países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, o dispêndio público com saúde *per capita* nos EUA é superior a qualquer outro país, exceto Noruega e Holanda, com despesas de US\$ 8,713, mais que o dobro da média da OCDE de U\$3.453. O Brasil gasta apenas U\$ 1.471 *per capita*, uma quantidade muito baixa de recursos para um país com um sistema de saúde universal. Além disso, em uma pesquisa que avaliou a qualidade dos serviços de saúde em cento e oitenta e oito países, os Estados Unidos ocuparam a 28ª posição, abaixo de quase todos os demais países desenvolvidos.¹²⁸

Os argumentos sustentados para justificar o motivo pelo qual os EUA gastam tanto em serviços de saúde, embora apresentem, em contraste, resultados deficientes na realização desse direito à população, não são apenas relacionados ao preço que os americanos pagam por seus prestadores de saúde, mas estão centralizados em duas premissas: a forma como o seguro saúde é administrado e a complexidade do sistema de saúde americano.

O país depende de empresas de planos de saúde com fins lucrativos para pagar por cuidados essenciais e eletivos. Dessa forma, a seguradora utiliza parte do dinheiro pago para custear as despesas individuais e gastos médicos, enquanto o

¹²⁷ SMITH, Jessica C; MEDALIA, Carla. U.S. Health Insurance Coverage in the United States: 2014. In: **Census Bureau. Current Population Reports**, U.S. Government Printing Office, Washington, 2015.

¹²⁸ GBD 2015 SDG COLLABORATORS. Measuring the health-related Sustainable Development Goals in 188 countries: a baseline analysis from the Global Burden of Disease Study 2015. **The Lancet**, New York, n. 388, 2016, p. 1825.

restante é reaproveitado para cobrir os custos de marketing e administração, bem como o seu lucro. A maioria dos demais países desenvolvidos impõe o dever de que o plano básico de saúde seja uma operação sem fins lucrativos, devido às características sociais desse direito, buscando evitar as influências de mercado.¹²⁹

De modo similar, em muitos países desenvolvidos, os planos de saúde são obrigados por lei a garantir cobertura para qualquer indivíduo que requeira o benefício. Já as seguradoras americanas podem escolher seus clientes, no intuito de evitar uma "seleção adversa", ou seja, os indivíduos que decidem contratar um seguro de saúde quando são diagnosticados com uma enfermidade.¹³⁰

O segundo problema refere-se à alta complexidade do sistema de saúde americano, caracterizado como deveras fragmentado e descentralizado, uma vez que não existe um sistema único nem um conjunto organizado de regras que regem os tratamentos médicos. Esse fator, aliado à burocracia administrativa, torna a medicina americana mais complexa e cara que o necessário, promovendo serviços ainda pouco efetivos e de alto custo à população.

Ao realizar pesquisas sobre os sistemas de saúde adotados em diversos países ao redor do mundo, Reid aponta sucessivos problemas apresentados pelos Estados Unidos. Conforme aventado, o país apresenta múltiplos sistemas de saúde, a depender do grupo social e características dos indivíduos, bem como baseia-se excessivamente em companhias privadas de seguro saúde.

As demais nações tendem a apresentar sistemas de saúde mais efetivos em comparação aos Estados Unidos, considerando-se algumas medidas básicas: cobertura, qualidade, controle de custos e escolhas.

Dentre os países desenvolvidos estudados pelo autor, apenas os Estados Unidos não promovem uma cobertura universal aos seus cidadãos, o que resulta em uma injustiça, sobretudo, aos indivíduos desprovidos de recursos financeiros aptos a arcar com assistência médica. Há ainda um relevante prejuízo ao não serem estabelecidos critérios objetivos para decidir quais tratamentos médicos, medicamentos e tecnologias serão distribuídos aos requerentes. Em geral, os países desenvolvidos costumam cobrir todas as pessoas, mas não cobrem quaisquer tratamentos. A falta de uma definição gera desigualdades latentes, pois as escolhas

¹²⁹ REID, Thomas Roy. **The Healing of America**. New York: Penguin Press, 2010, Kindle Edition, Locations 509-514.

¹³⁰ REID, Thomas Roy. **The Healing of America**. New York: Penguin Press, 2010, Kindle Edition, Locations 530-536.

serão realizadas individualmente pelas companhias privadas.¹³¹

Uma das principais características do modelo adotado é o de que se mostra como de difícil mudança. Os cidadãos americanos e os próprios membros do setor político acreditam que um sistema de saúde universal geraria maiores custos e que, em contrapartida, o livre mercado pode fornecer insumos por um preço inferior. A experiência vivenciada em outros países, contudo, provou ser esta uma suposição falsa.

A partir do exposto, verifica-se que Estados Unidos e Brasil apresentam evidentes dificuldades e falhas na execução de um sistema de saúde efetivo. Embora os modelos adotados sejam essencialmente distintos, ambos possuem algumas falhas no tocante à garantia do direito fundamental à saúde aos seus destinatários, conforme será aprofundado a seguir.

No sistema brasileiro, conforme descrito anteriormente, a Constituição garante a universalidade e integralidade do direito fundamental à saúde, enquanto a lei infraconstitucional prevê a ampla gratuidade na oferta de tratamentos médicos, medicamentos e atendimento hospitalar. Apesar da excelente intenção dos legisladores na definição de um direito universal e totalmente livre, não faz sentido dispor de uma previsão legal de ampla gratuidade aos cidadãos se, na prática, esses serviços não são realmente eficazes para quem deles necessita.

De modo diverso, os Estados Unidos apresentam um sistema de saúde baseado em alguns tipos de programas estatais, mas que atendem apenas a uma pequena parte da sociedade, caracterizando-se por sua fragmentação e descentralização. Uma das críticas cruciais sobre esse modelo relaciona-se ao fato de que nem todos podem ter acesso a tratamentos médicos por programas públicos, além de sua evidente complexidade. Na maioria das vezes, os cidadãos americanos não são contemplados pelas medidas governamentais e, por consequência, são obrigados a adquirir um seguro privado.

O *Medicaid*, referido anteriormente, é regulamentado por cada estado da Federação, e por isso apresenta requisitos diferentes de acordo com as regulamentações e atos públicos promulgados. As exigências também são complexas, uma vez que muitos critérios são levados em consideração ao se analisar a possibilidade de um indivíduo ser incluído no programa do Estado, o que

¹³¹ REID, Thomas Roid. **The Healing of America**: a global quest for better, cheaper and fairer health care. New York: The Penguin Press, 2009, p. 23-26.

gera muitos custos administrativos e poucos benefícios.¹³² Uma das alternativas para resolver esse problema é a transformação do *Medicaid* em um sistema de seguro saúde nacional, o que significa a criação de um programa controlado pelo governo central com requisitos unificados de elegibilidade, como ocorre com o *Medicare*.

Os Estados Unidos ainda são a única nação desenvolvida que não oferece um sistema universal de saúde e, ao contrário, apresenta um sistema que conta com seguro privado, o que representa um considerável atraso em comparação com as demais nações. Um sistema nacional uniforme e assistência médica universal poderia ajudar a manter os custos do fornecimento desses serviços por dois motivos: 1) significa que o governo pode regular e negociar o preço dos medicamentos e serviços médicos; 2) elimina a necessidade de uma vasta burocracia de seguro saúde privado.¹³³

É importante destacar que garantir cobertura universal aos cidadãos americanos não significa que todos terão acesso à totalidade de tratamentos e serviços médicos sem que, em contrapartida, haja o pagamento de uma taxa, o que tem apresentado no Brasil inúmeras dificuldades para concretizar atendimento médico a todos de forma gratuita. Porém, ao menos a saúde seria reconhecida como uma garantia fundamental à população e preços mais baixos seriam resguardados, de modo que as pessoas contribuiriam economicamente com o sistema na medida de seus recursos.

As mudanças na área de saúde conhecidas como *Obamacare* representaram alguns avanços, mas ainda são pequenos se comparados à melhoria necessária para garantir características sociais ao programa, e não apenas de mercado e preço. Há uma proporção maior de americanos, quando comparados aos cidadãos de outras nações desenvolvidas, que se negam a acessar os cuidados básicos de saúde necessários devido aos custos e às dificuldades em pagar suas contas médicas. Existem também cerca de vinte milhões de americanos sem planos de saúde, e mesmo aqueles que têm seguro enfrentam taxas e cosseguro cada vez

¹³² Para maiores informações sobre o acesso ao *Medicaid* e seus requisitos de elegibilidade, consultar: AMERICAN COUNCIL OF AGING. **Medicaid Eligibility: 2020 Income, Asset & Care Requirements for Nursing Homes & Long-Term Care.** Disponível em: <<https://www.medicaidplanningassistance.org/medicaid-eligibility/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

¹³³ MERELLI, Annalisa. A history of why the US is the only rich country without universal health care. **Quartz**, Nova Iorque, jul. 2017. Disponível em: <<https://qz.com/1022831/why-doesnt-the-united-states-have-universal-health-care/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

mais elevados.¹³⁴

De acordo com os conceitos analisados, vislumbra-se como os sistemas jurídicos, principalmente os apresentados pelo Brasil e pelos Estados Unidos, protegem e garantem os serviços de saúde a partir de modelos com características distintas. O Brasil busca fazer valer a saúde como direito fundamental em sua Constituição, por meio da oferta da universalidade e da gratuidade dessa garantia. Sob uma ótica distinta, os Estados Unidos não impõem a saúde como um direito constitucional e apresentam um programa estadual complexo, enquanto seus custos ainda se mostram elevados.

Este problema se justifica, principalmente, pelo fato de que as disposições constitucionais ou legais que caracterizam os sistemas públicos de saúde em ambos os países ainda são ineficazes, devido aos desafios orçamentários enfrentados pelos poderes públicos e à falta de serviços de qualidade.

Considerando a análise da efetivação do direito fundamental à saúde nos sistemas brasileiro e americano, torna-se evidente que a implementação desse direito depende de um modelo que preveja o atendimento àqueles que necessitam de tratamentos médicos, de acordo com seus recursos financeiros e econômicos. No Brasil, oferecer um sistema universal e totalmente gratuito gera muitos custos ao Estado, mas com baixa eficiência aos cidadãos. Por outro lado, nos Estados Unidos, um sistema descentralizado e complexo, baseado essencialmente em seguros privados, não pode oferecer serviços de qualidade a quem depende de assistência pública.

Portanto, essas mudanças envolvem uma escolha trágica, segundo a qual o poder público não consegue cumprir todas as demandas sociais e decisões alocativas relacionadas a um processo de custos, uma vez que não existem direitos fundamentais nem política pública sem custos para sua implementação. Por isso, ainda é necessário aprimorar os sistemas de saúde apresentados pelos dois países, buscando oferecer tratamentos médicos com menos custos e mais efetividade.

¹³⁴ REINHARDT, Uwe E. **Priced out:** the economic and ethical costs of American health care. Princeton: Princeton University Press, 2019, p. 137-139.

CAPÍTULO 2

O DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA PRINCIPIOLÓGICA E ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 OS PRINCÍPIOS COMO FUNDAMENTOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A análise do direito fundamental à saúde pautar-se-á, em especial, pela aplicação de alguns princípios existentes no ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para a subsidiariedade, solidariedade social, dignidade humana, reserva do possível e igualdade, a fim de avaliar a efetivação do direito à saúde. Assim, após a discussão acerca do papel da constituição no fenômeno do neoconstitucionalismo, serão analisadas as noções gerais sobre os princípios para, posteriormente, proceder a uma definição daqueles a serem especificamente tratados nesta dissertação e sua relevância para uma nova interpretação do direito à saúde no Brasil.

O termo princípio deriva do latim *principium*, que tem o sentido de início, começo ou origem das coisas. Os princípios designam, sobretudo, as verdades primeiras, pois estão no princípio e são as premissas de todo o sistema jurídico a ser desenvolvido. Nesse sentido, correspondem a verdades objetivas que nem sempre pertencem ao mundo do ser, e sim do dever ser, sendo dotadas da qualidade de normas jurídicas.¹³⁵

A juridicidade e o tratamento acerca dos princípios existentes no ordenamento jurídico apresentam-se, em síntese, por meio de três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

O jusnaturalismo constitui a fase mais antiga e tradicional, na qual os princípios pertencem a uma esfera abstrata e sua normatividade é, basicamente, nula e duvidosa, o que enseja o reconhecimento de uma dimensão ético-valorativa e seus postulados de justiça.¹³⁶ Nesse contexto histórico, os princípios eram considerados filosóficos, isto é, fundamentavam um ideal de justiça e de um valor

¹³⁵ PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, 1983, p. 1267-1268

¹³⁶ BONVADIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 264-265.

ético decorrente do direito natural, não necessitando de positivação.¹³⁷ Conforme ressalta Flórez-Valdéz, os princípios, na perspectiva do direito natural, correspondiam a axiomas jurídicos, como um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.¹³⁸

Em decorrência da insegurança e insuficiência teórica da concepção jusnaturalista, surge uma nova definição de princípios oriunda do positivismo jurídico. Nessa segunda fase, os princípios foram inseridos expressamente nos códigos, mas possuíam mera aplicação supletiva e subsidiária, visando à supressão de uma lacuna normativa. Assim, os princípios consistiam em simples “válvulas de segurança”, ou seja, não eram anteriores ou superiores à lei, mas buscavam estender sua eficácia para impedir as lacunas normativas.¹³⁹

Nessa fase, os princípios passaram a ser positivados e codificados, na condição de fonte normativa subsidiária. A função primordial era, portanto, suprir os vazios normativos e garantir a completude do sistema jurídico. Ao contrário do jusnaturalismo, segundo o qual os princípios decorriam da ideia de justiça, para o positivismo jurídico, os princípios originam-se do próprio ordenamento jurídico. No entanto, apesar de terem sido concebidos como pautas programáticas supralegais, eram destituídas de força normativa vinculante.¹⁴⁰

Desse modo, os princípios foram positivados no texto normativo, o que contribuiu para que deixassem de ser apenas instrumentos de interpretação, para serem considerados efetivamente como normas jurídicas, em que pese ainda em caráter subsidiário.¹⁴¹

Contudo, a mera análise da validade das normas jurídicas, sob uma ótica positivista, não se mostra suficiente para a compreensão do sistema jurídico. Torna-se necessário reconhecer a normatividade e o conteúdo material vinculante dos

¹³⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico**: liberdade, igualdade, democrática como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, p. 35-37.

¹³⁸ FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arces. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**, Madri: Civitas, 1990, p. 37-38.

¹³⁹ CANÃS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 2, 1988, p. 484-485.

¹⁴⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 86-87.

¹⁴¹ FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010, p. 5884.

princípios constitucionais, os quais se traduzem em elementos informadores do ordenamento jurídico.¹⁴²

No século XX, a teoria do positivismo jurídico sofre diversas críticas em relação a suas teses centrais. Tais contestações fazem com que surja uma nova corrente doutrinária acerca da função e do conceito dos princípios no ordenamento jurídico, passando de uma ótica civilista para uma verdadeira teoria constitucional.

A partir do pós-positivismo, no qual se dá o desenvolvimento de movimentos constitucionalistas do fim do século XX, as constituições passam a prever expressamente os princípios, sendo incorporados como a base dos ordenamentos jurídicos atuais. Nesse momento, a aplicação dos princípios não ocorre somente quando existirem lacunas no ordenamento, mas passam a incidir como fonte normativa para qualquer julgamento de casos concretos.¹⁴³

O pós-positivismo, em decorrência da insuficiência teórica do positivismo jurídico, buscou promover uma superação do conhecimento convencional, mantendo o discurso científico de conferir relevância ao ordenamento positivo, mas também reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. Assim, inicia-se uma reaproximação entre ética e Direito, ensejando uma nova compreensão acerca dos valores compartilhados pela sociedade, os quais se materializam em princípios.¹⁴⁴

Os princípios constitucionais passam a ser, então, a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, isto é, a ideologia seguida por determinada sociedade, conferindo maior unidade e harmonia ao sistema e servindo de guia para o intérprete do Direito. Segundo esse entendimento, os princípios exercem as seguintes funções: a) condensar valores; b) conferir maior unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.¹⁴⁵

Com a consolidação do constitucionalismo contemporâneo, surge a teoria da

¹⁴² CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 85.

¹⁴³ FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2010, p. 5885.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 28.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 29-30.

normatividade dos princípios jurídicos, segundo a qual estes consistem em normas jurídicas consideradas como determinantes para outras normas subordinadas, desenvolvendo seu sentido em direções particulares. Desse modo, os princípios, anteriormente destituídos de força normativa e com mera função suplementar, passam a orientar todo o sistema jurídico sob o *status* de princípios constitucionais.¹⁴⁶

A partir do exposto, sintetiza-se que, inicialmente, a doutrina jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como conceitos jurídicos distintos, de modo que a norma tinha um significado dogmático e normativamente sobreposto aos princípios. Após o desenvolvimento das contribuições teóricas de juristas como Dworkin e Alexy, originou-se uma nova concepção acerca do conceito e função dos princípios na ordem jurídica. Tornou-se predominante o entendimento de que os princípios consistem numa espécie de normas jurídicas.¹⁴⁷

A fim de compreender adequadamente o tema, cabe destacar, os aspectos relevantes da teoria formulada por estes dois autores, acerca da distinção entre duas espécies de normas: regras e princípios jurídicos. Como uma crítica ao positivismo jurídico, o qual considerava o Direito composto exclusivamente por regras, ambos os autores defendem uma separação qualitativa entre essas categorias.¹⁴⁸

Na ótica de Dworkin, a diferenciação entre regras e princípios é de natureza lógica, distinguindo-se quanto à forma de orientação que fornecem. Os princípios possuem, sobretudo, uma dimensão de peso ou de importância. Ao contrário, as regras aplicam-se conforme o modelo do “tudo-ou-nada”, ou seja, são válidas ou inválidas em sua totalidade. No caso dos princípios, não se indaga simplesmente sua validade, mas se analisa, em uma colisão, qual dos princípios prevalece ou possui o maior peso em um contexto específico. O princípio prevalecente, ao contrário das regras, não será aplicado apenas no caso concreto, pois mantém a sua validade no ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Nesse sentido, em situações envolvendo o litígio sobre direitos e obrigações

¹⁴⁶ CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 88-89.

¹⁴⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

¹⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, 2003, p. 609.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

jurídicas, especialmente naqueles casos difíceis, os juristas costumam recorrer a padrões que não funcionam como regras, mas operam de forma distinta, como princípios políticos e outros padrões. O autor propõe, então, a utilização do termo princípio de forma genérica, referindo-se a um conjunto de padrões que não são regras. Nessa ótica, cabe distinguir que, enquanto as políticas seriam padrões que estabelecem um objetivo a ser alcançado em uma comunidade, os princípios consistem em padrões a serem observados, não para assegurar um objetivo considerado desejável, mas sim por ser uma exigência de justiça, equidade ou de outra dimensão da moralidade.¹⁵⁰

Apesar de divergir em alguns aspectos, Alexy utiliza os pressupostos básicos desenvolvidos por Dworkin, ao defender que a distinção entre regras e princípios é de natureza qualitativa, sendo sua principal contribuição o desenvolvimento de alguns conceitos. Em sua obra, destaca que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, pois exigem que algo seja realizado na maior medida possível. Ademais, não contêm um mandamento definitivo, de modo que a relevância de um princípio em um caso específico não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio determina para esse caso, pois representam razões que podem ser afastadas. Por outro lado, as regras exigem que seja realizado exatamente o que ordenam, possuindo uma extensão e conteúdo determinados.¹⁵¹

No entendimento de Alexy, os princípios são normas que visam algo a ser realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas, uma vez que são mandados de otimização. Deve-se atentar para as condições normativas, haja vista que a aplicação destes depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem, bem como para as condições fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos concretos.¹⁵² Assim, conclui-se que a violação a um princípio constitui uma ofensa grave, ao atentar contra todo o ordenamento jurídico.¹⁵³

Ademais, pode-se definir, ainda, que “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”. Os princípios designam a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35-36.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 103-106.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 85-86.

normas por uma ideia central, da qual todas as demais normas se subordinam ou derivam.¹⁵⁴ Infere-se, ainda, que contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético, decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir.¹⁵⁵

Na ótica de Bobbio, os princípios consistem em normas fundamentais ou gerais de um ordenamento jurídico, com o objetivo de regular casos específicos ou serem utilizados de modo suplementar na existência de lacunas. Para o autor, apesar das divergências quanto ao tema, os princípios são uma espécie de normas jurídicas, o que se sustenta conforme dois argumentos. Em primeiro, ressalta que, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, não há razão para não lhes atribuir o sentido de normas. Em segundo, os princípios exercem a mesma função cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.¹⁵⁶

Em consequência, constituem normas imediatamente finalísticas, com a pretensão de estabelecer um conteúdo inicial a ser analisado. Os princípios instituem, especialmente, o dever de adotar comportamentos necessários a fim de realizar um estado de coisas, ou estabelecem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.¹⁵⁷

No mesmo sentido, a Corte Constitucional italiana, em sua sexta sentença proferida em 1956, assinala que devem ser considerados como princípios as orientações e diretivas de caráter geral e fundamental, que podem ser deduzidas a partir da conexão temática, da coordenação e da racionalidade das normas que contribuem para a formação do ordenamento jurídico em um determinado contexto histórico.¹⁵⁸

Desse modo, “os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e

¹⁵⁴ ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: CS Edições, 1994, p. 21-22.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

¹⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995, p. 158-160.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-72.

¹⁵⁸ ITÁLIA. La Corte Costituzionale. **Sentenza n. 6, Roma**. Consulta Online, Decisioni, 26 junho 1956. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

integralidade ao ordenamento constitucional”, como orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento jurídico-constitucional vigente. São dotados de eficácia vinculante, caracterizando-se como normas constitucionais para a garantia, sobretudo, dos direitos fundamentais.¹⁵⁹

Conforme destaca Barroso, os princípios “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. Normalmente descrevem estados ideais a serem buscados, mas não delimitam de forma objetiva a conduta a ser seguida. Podem referir-se tanto a direitos individuais quanto a interesses coletivos, constituindo, predominantemente, normas de caráter descritivo.¹⁶⁰

Sob essa linha, Canotilho aponta que os princípios são verdadeiras normas qualitativamente distintas das outras categorias de normas jurídicas. Enquanto os princípios são normas impositivas de otimização, isto é, podem apresentar-se sob vários graus de concretização conforme as condições fáticas e jurídicas, as regras são normas que proferem uma exigência que é ou não cumprida por completo. Em síntese, os princípios podem coexistir no ordenamento jurídico, em consonância com o caso concreto, permitindo um balanceamento de valores e interesses. As regras, por outro lado, excluem-se, sendo válidas apenas na exata medida de sua prescrição.¹⁶¹

De se ressaltar ainda que os princípios podem ser concebidos como o fundamento das regras, ou seja, como normas intrinsecamente ligadas às regras e que delimitam o seu campo de aplicação. Como decorrência, as regras devem ser interpretadas em conformidade com o princípio que lhe deu origem.¹⁶² Do mesmo modo, os princípios são normas com grau de abstração relativamente elevados e que, no caso concreto, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediações concretizadoras do legislador ou do juiz. Ainda assim, possuem natureza estruturante em decorrência de sua importância no ordenamento jurídico e posição hierárquica no sistema das fontes.¹⁶³

¹⁵⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 89.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 205-206.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 565-569.

¹⁶³ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1161.

Acrescenta-se que, segundo o entendimento de Canaris, os princípios apresentam quatro pressupostos básicos: a) não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si; b) não possuem a pretensão de exclusividade, isto é, uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também pode ser relacionada com outro princípio; c) ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, ou seja, determinados conceitos jurídicos apenas são compreendidos adequadamente se analisados sob a ótica de alguns princípios; d) para a sua realização, os princípios necessitam da concretização por meio de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio.¹⁶⁴

Além disso, os princípios jurídicos, como critérios em conexão com o Direito, qualificam-se como pautas diretivas de normação, podendo justificar determinadas resoluções jurídicas. Os princípios não possuem o caráter de serem regras concebidas de forma geral, pois carecem, antes de tudo, de serem concretizados por meio da lei ou da jurisprudência.¹⁶⁵

Há de se reconhecer, sobretudo, que os princípios são uma parte juridicamente dogmatizada do sistema de normas, operando normativamente. Em outra possibilidade, os princípios podem formar o ponto de partida para o desenvolvimento de soluções para decisões judiciais, consistindo em máximas doutrinárias que orientam o pensamento jurídico.¹⁶⁶

A partir da explanação acerca dos princípios, destaca-se que o direito não é mero agregado de normas, mas sim um conjunto dotado de unidade e coerência, o que decorre da existência dos princípios. A importância destes preceitos leva à conclusão de que os princípios são normas jurídicas e elementos internos ao sistema, estando nele integrados e inseridos. Assim, a interpretação da Constituição deve ser baseada na força dos princípios consagrados no ordenamento jurídico.¹⁶⁷

Tendo em vista os diversos estudos teóricos acerca do tema, Atienza e Manero ressaltam que o termo princípio pode ser utilizado pelos juristas com diferentes significados. Em um sentido de normas geral, os princípios podem regular

¹⁶⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 88-91.

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 674-675.

¹⁶⁶ ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 88-90.

¹⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165.

casos cujas propriedades relevantes são muito gerais; podem ainda manifestar o sentido de uma norma redigida em termos vagos e com uma estrutura aberta; possuir o sentido de uma norma programática ou diretriz, ou seja, uma norma que estipula a obrigação de alcançar determinados fins; ter o sentido de uma norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico ou instituição; constituir uma norma especialmente importante, ainda que com grau baixo de generalidade; ter o sentido de norma de elevada garantia, de modo que todas as normas constitucionais seriam princípios; no sentido de uma norma aos órgãos de aplicação jurídicos e que assinala, com caráter geral, como uma norma deve ser aplicada ou interpretada; e, por fim, no sentido de *regula iuris*, ou seja, um enunciado ou máxima da ciência jurídica de um considerável grau de generalidade e que permite a sistematização do ordenamento jurídico, que podem ou não ser incorporados ao Direito positivo.¹⁶⁸

Desse modo, Guastini destaca que os princípios também são normas, isto é, enunciados do discurso prescritivo, direcionados à orientação do comportamento. Haja vista suas características peculiares, para que determinadas normas jurídicas alcancem o *status* de princípio, é possível inferir que: 1) os princípios caracterizam-se por serem o fundamento de um conjunto de outras normas, diferenciando-se em face de sua importância para o ordenamento jurídico; 2) em relação à sua formulação linguística, os princípios, ao contrário das demais normas, são dotados de um significado indeterminado, de modo que sua aplicação envolve um elevado grau de discricionariedade; 3) por fim, os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade.¹⁶⁹

Para Crisafulli, um dos primeiros autores a tratar da normatividade dos princípios, estes consistem em toda a norma jurídica considerada como determinante de outras subordinadas, desenvolvendo e especificando seus preceitos em direções mais particulares.¹⁷⁰

Sob essa visão, os princípios, dotados de normatividade, exercem algumas funções resumidas por Bonavides, em sua obra, a partir das considerações dos juristas F. de Castro, Norberto Bobbio e Trabucchi, quais sejam: fundamentadora,

¹⁶⁸ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Doxa, n. 10, 1991, p. 101-120.

¹⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 186-191.

¹⁷⁰ CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di Principio**. Milão: Giuffrè Editore, 1952, p. 15.

interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.

Os princípios destacam-se por serem o fundamento da ordem jurídica, dotados de eficácia derogatória e diretiva no âmbito jurídico, vez que, se uma norma contrapõe-se ao núcleo de irradiação normativa assentado nos princípios, perderá a sua validade ou sua vigência. Exercem, a seguir, a função orientadora e interpretativa, consistindo em vetores do sentido jurídico das normas que exigem a compreensão do intérprete. Pela função supletiva e de integração do Direito, os princípios são responsáveis por suprir as lacunas e ausências de sentido regulador em determinadas normas. Há, ainda, a função diretiva, própria dos princípios programáticos da Constituição, e a função limitativa.¹⁷¹

No entanto, cabe ressaltar que, em uma ordem constitucional pluralista, podem existir princípios que contemplem valores ou fundamentos diversos, o que decorre da própria contextualização atribuída pela teoria pós-positivista. Essa colisão ocorre tendo em vista o pressuposto de que, os princípios não incidem na forma do *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Sendo reconhecidos em face de uma dimensão de peso ou importância, o intérprete analisará, segundo os elementos do caso concreto, qual princípio será utilizado como fundamento da decisão.¹⁷²

Atualmente, predomina o entendimento de que os princípios possuem *status* conceitual e positivo de norma jurídica, de modo que possuem positividade, vinculatividade e eficácia. A normatividade, nessa seara, é reconhecida tanto aos princípios expressa e explicitamente previstos na ordem jurídica, quanto àqueles descritos pela doutrina e decorrentes de sua aplicação aos casos concretos.¹⁷³

Nessa ótica, os princípios constituem normas que direcionam e delimitam o campo de aplicação das demais regras jurídicas, expressando uma diretriz ou pressuposto a ser seguido sem descrever, objetivamente, determinada conduta a ser seguida. Sua função torna-se relevante, em especial, para conferir uma maior sustentação e concretização dos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tal como se observará em relação ao direito à saúde.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 289-290.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 124-125.

¹⁷³ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

Após a explanação acerca da teoria geral envolvendo os princípios no ordenamento jurídico e sua influência no Brasil, tratar-se-á especificamente dos princípios que norteiam essa pesquisa acadêmica e que são fundamentais para a adequada compreensão do direito fundamental à saúde, conferindo destaque, em especial, ao princípio da subsidiariedade.

2.2 PRINCÍPIOS DELINEADORES DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Estabelecida uma noção acerca do termo princípio, procede-se à análise da subsidiariedade, por orientar a pesquisa acadêmica, e dos demais princípios que com ela mantêm uma relação de pertinência, sendo estes os princípios da solidariedade social, da igualdade, da dignidade humana, além da teoria da reserva do possível. A análise do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade, neste estudo, tem o condão de avaliar a possibilidade de ser estabelecida uma gratuidade modulada segundo a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

O termo subsidiariedade advém do latim *subsidium*, com o sentido de ajuda ou socorro de uma instância superior, quando a inferior não consegue realizar determinada ação. Pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda por incapacidade comprovada, a exemplo do direito à saúde. Desse modo, estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários para garantir a sua dignidade, o Estado não deve intervir e, do contrário, não pode abster-se de realizar uma prestação positiva ao cidadão, se a omissão atenta contra a sua dignidade.¹⁷⁴

Embora tenha sido tratada indiretamente por filósofos como Aristóteles e Tomás de Aquino, a Subsidiariedade foi melhor estruturada por Althusius, no início do século XVII, ao esclarecer que as comunidades estão organizadas de acordo com uma hierarquia em que, no primeiro nível, está a família, em seguida tem-se as organizações civis, a cidade, a província e, no nível mais elevado, o Estado. A

¹⁷⁴ DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-105.

família deve ser ajudada pelas organizações civis quando em situação de necessidade impreterível. As associações civis devem ser amparadas pela cidade e assim, as cidades que se encontrem em situação de calamidade pela província. Por fim, a província merece auxílio do Estado, como ente mais elevado, de modo que todos estejam ligados por um modelo que lhes dê segurança diante das adversidades. Trata-se de uma concepção fundada na ideia de que cada um tem o dever de prover as suas necessidades por meio de seus próprios recursos, mas que, por outro lado, também tem o direito de ser auxiliado quando se encontra em situação de dificuldade intransponível individualmente.¹⁷⁵

Posteriormente, autores clássicos como John Locke, Jeremy Bentham, Pierre Joseph Proudhon, Thomas Hobbes, John Stuart Mill e George Jellinek também abordaram a subsidiariedade, ainda que de forma superficial, estabelecendo uma relação entre a subsidiariedade e a liberdade, como mecanismo de promoção da defesa dos direitos individuais e como forma de combater o absolutismo exacerbado.¹⁷⁶

Apenas com a Encíclica *Quadragesimo Anno*, elaborada em 1931, pelo Papa Pio XI, a subsidiariedade foi descrita de modo preciso, ao estabelecer que não se pode conceder aos cidadãos aquilo que eles mesmos são capazes de alcançar por suas próprias forças e submeter tais funções ao ente estatal, isto é, não seria justo que o ente coletivo realize as atividades que os entes sociais menores podem concretizar.¹⁷⁷ Corroborando a conceituação desse princípio, a Carta Encíclica *Mater et Magistra* descrita em 1961 pelo Papa João XXIII, explicitou detalhadamente a necessidade de que as relações entre os indivíduos e os poderes públicos devem pautar-se pela reciprocidade e responsabilidade mútua devem guiar as relações entre os indivíduos e os poderes públicos.¹⁷⁸

Na concepção de Messner, a subsidiariedade deve ser compreendida a partir da análise das finalidades e relações intrínsecas entre os entes sociais. Nesse

¹⁷⁵ ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Liberty Fund; Topbooks, 2003, p. 112-121.

¹⁷⁶ SILVA, José Daniel Tavares da Silva. **Integração, subsidiariedade e autonomias na União Europeia, Portugal e as regiões autônomas dos Açores e Madeira**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

¹⁷⁷ VICARÍA EPISCOPAL DE PASTORAL ARQUIDIÓCESIS DE MÉXICO. **Carta Encíclica Quadragesimo Anno**. Par. 80. Disponível em: <http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo_anno.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

¹⁷⁸ CENTRO NACIONAL DE FÉ E POLÍTICA DOM HELDER CÂMARA – CEFEP. **Carta Encíclica “Mater et Magistra”**. Par. 53, 116 e 151. Disponível em: <<http://www.cefep.org.br/carta-enciclica-de-joao-xxiii-mater-et-magistra/>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

contexto, toda a atividade social seria subsidiária em sua essência, de modo que o homem e as unidades sociais menores possuem finalidades essenciais a cumprir conforme a natureza humana, sendo detentores de uma responsabilidade moral primária. Estes possuem, decorrentes dessa relação, direitos e esferas de atuação próprios, formando uma responsabilidade secundária, apta a capacitar os indivíduos e os entes sociais através do bem comum e da realização pessoal.¹⁷⁹

Outrossim, Delcamp ressalta que a ideia básica do princípio da subsidiariedade é a de que o Poder Público apenas deve interferir quando a sociedade, sejam determinados grupos ou sujeitos individuais, não sejam capazes de satisfazer às suas próprias necessidades.¹⁸⁰

Além dessa abordagem, evidencia-se a subsidiariedade como um princípio de relação entre o particular e a organização política, segundo o qual o indivíduo outorga a entes ou instituições o poder necessário para que possa realizar os objetivos e políticas públicas que ele mesmo não possui capacidade para realizar. Porém, o indivíduo permanece com uma parcela de autodeterminação que não pode ser vedada pelas instituições estatais. Portanto, esse princípio articula tanto a ideia de autonomia individual quanto do bem comum.¹⁸¹

Na ótica de Sanchez Agesta, o princípio da função subsidiária ou da subsidiariedade relaciona-se principalmente com a “ordenação e função recíproca dos grupos entre si e com a comunidade política que os compreende”, em decorrência da nova ponderação entre a natureza complexa da estrutura social e o modo como essa estrutura se define na comunidade política. Entretanto, isso não significa que o Estado tenha apenas uma função subsidiária ou supletiva, visto que o princípio da subsidiariedade visa a definir, sobretudo, a natureza das relações entre o Estado e a sociedade.¹⁸²

Do mesmo modo, Carrera define a subsidiariedade como um princípio geral de organização social e delimitação de esferas de atuação entre a sociedade e os

¹⁷⁹ MESSNER, Johannes. **La Cuestión Social**. Madrid: Ediciones Rialp, 1960, p. 362-363.

¹⁸⁰ DELCAMP, Alain. **Droit Constitutionnel et Droit Administrative**: principe de subsidiarité et décentralisation. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, Press Universitaires de France, n. 23, 1995, p. 609-624.

¹⁸¹ SERRANO, Miryam Rodríguez-Izquierdo. **Posibilidades Constitucionales del Principio de la Subsidiariedade**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, p. 34-35.

¹⁸² AGESTA, Luiz Sanchez. El principio de la función subsidiaria. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 121, jan./fev. 1962, p. 5-7.

poderes públicos.¹⁸³ Já Delors especifica a delimitação da atuação da subsidiariedade, ao afirmar que o referido princípio não consiste apenas em um limite para a intervenção de uma autoridade superior em relação a uma pessoa ou comunidade capaz de agir por si mesmo, mas também uma obrigação para que essa autoridade atue em relação a essa pessoa ou comunidade oferecendo-lhe os recursos necessários para agir. Ainda, a subsidiariedade deriva de uma defesa moral relacionada à dignidade e responsabilidade das pessoas que fazem parte da comunidade, mostrando-se como o objetivo principal de qualquer sociedade.¹⁸⁴

O princípio é ainda uma fonte de regulamentação das relações de poder e finalidade, ou seja, analisa a relação entre níveis de concentração de poder e os níveis de interesses a serem cumpridos. Há um processo em que inicialmente cabe ao indivíduo ou grupo social atuar para satisfazer seus interesses a partir de seus próprios meios, atribuindo, em seguida, ao Estado agir, subsidiariamente, nas demandas que, em virtude sua natureza, a sociedade não consegue cumprir de forma eficiente.¹⁸⁵

De acordo com Götz e Hecker, o princípio da subsidiariedade pode ter duas aplicações distintas: 1) sociopolítica, que leva em consideração as relações entre o Estado e a sociedade ou entre o Estado e o indivíduo; 2) de organização do Estado, estruturando e delimitando as esferas de competência dos entes estatais que atuam em diferentes esferas.¹⁸⁶ O presente trabalho tratará, em especial, do aspecto sociopolítico desse princípio, a fim de compreender a sua aplicação para conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

Conforme ressaltado, a subsidiariedade, em uma concepção sociopolítica, encontra seu fundamento no fato de que, em um determinado contexto social, existem diferentes domínios. O princípio serve, nessa ótica, como baliza para regulamentar as margens de intervenção ou um critério de referência para avaliar a

¹⁸³ CARRERA, Boixareu Angel. El principio de subsidiariedade. **Revista de Instituciones Europeas**, Madri, n. 21, set./dez. 1994, p. 774.

¹⁸⁴ DELORS, Jacques. **Le principe de subsidiarité: contribution au debat**. Paris: Institut Européen d'administration publique, 1991, p. 8-9.

¹⁸⁵ SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 109.

¹⁸⁶ GÖTZ, Volkmar; HECKER, Michael. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento allá sua dimensione federale. In: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.) **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto**. Padova: CEDAM, 1999, p. 50.

atuação entre o Poder Público e os particulares.¹⁸⁷

Ademais, cabe salientar que, embora o referido princípio não esteja inserido de forma expressa no texto constitucional, a subsidiariedade deve ser compreendida de forma ampla, visando à valorização da dignidade humana e à justificação da existência do Estado para assegurar os interesses da sociedade.¹⁸⁸ Neste diapasão, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando delimitar o espaço em que lhes cabe agir e, em sentido oposto, quando devem abster-se, sob risco de praticarem excessos. Constitui, sobretudo, uma garantia contra a arbitrariedade, sendo necessário que toda autoridade investida de funções deva justificar seus atos.¹⁸⁹

Dessa análise decorre, do mesmo modo, a obrigação de que o indivíduo ou comunidade menor atue sempre que o possa fazer por seus próprios meios, buscando o auxílio da entidade maior apenas quando não possa desempenhar sozinha uma determinada atividade.¹⁹⁰ Neste sentido, a subsidiariedade afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando a delimitar o espaço em que lhes cabe agir e, em sentido oposto, quando devem abster-se, sob risco de praticarem excessos.

Importa ressaltar, nesse sentido, que a subsidiariedade apresenta um caráter de ambiguidade, ou seja, uma dupla dimensão entre a capacidade e a eficiência. É que, ao mesmo tempo em que defende a autonomia do indivíduo ou de parcela da comunidade em um determinado domínio, no qual possui capacidade para realizar as atribuições por conta própria, também admite a intervenção de uma autoridade pública ou de uma instância de maior âmbito, nos casos em que for necessário ou mais eficiente.¹⁹¹

A subsidiariedade consiste, segundo Torres, em um princípio de ordem social, pois exige uma sociedade pluralista, organizada e autônoma, a fim de

¹⁸⁷ DELPÉRÉE, Francis. Justice constitutionnelle et subsidiarité: observations liminaires. In: _____ (Org.). **Justice constitutionnelle et subsidiarité**. Bruxelas: Bruylant, 2000, p. 183-184.

¹⁸⁸ DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014, p. 97.

¹⁸⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e revolução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 200, abr. 1995, p. 40.

¹⁹⁰ PARGA, Milagros María Otero. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario europeo. In: **La constitución española em el ordenamiento comunitario europeo (I)**: XVI jornadas de estudio. Madri: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1995, p. 494-495.

¹⁹¹ SOUZA, Paulo Fernando e. **A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, p.62.

organizar as entidades intermediárias em suas competências. Além de garantir a autonomia e a liberdade dessas entidades, gera-se nos indivíduos ou grupos o sentimento de responsabilidade pelo bem comum, estando dispostos a assumir, por si próprios, suas responsabilidades. O fato de o indivíduo sentir-se responsável e assumir seus deveres é fundamental na esfera do direito à saúde, a fim de coibir que, frente a qualquer empecilho, recorra imediatamente ao Estado, mesmo possuindo condições para arcar com os ônus por conta própria.¹⁹²

Cabe ressaltar, nesse sentido, que admitir a subsidiariedade como princípio fundamental no ordenamento jurídico, a fim de justificar interferência pública no âmbito privado, não significa defender um modelo de Estado mínimo e que apenas transfere determinadas funções ao livre arbítrio de agentes privados.¹⁹³ O equilíbrio do princípio da subsidiariedade significa que se deve auxiliar supletivamente os membros do corpo social, mas sem destruí-los. Conforme afirma Baracho, “antes de deferir ao Estado certas competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-las os próprios homens ou as sociedades intermediárias [...] quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou pelos grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferência aos primeiros.”¹⁹⁴

O princípio é ainda essencial para a concretização de uma sociedade democrática, para uma melhor articulação entre os grupos sociais e concretização do pluralismo social. Isso porque, no entender de Serrano, a democracia fundamenta-se em níveis distintos de decisão, de modo que a subsidiariedade contribui para a determinação de soluções para os problemas e contribui para o fortalecimento da democracia, mediante uma maior autodeterminação e responsabilidade dos grupos sociais.¹⁹⁵

Partindo-se dessa ótica, a subsidiariedade constitui um princípio essencial no Estado Social de Direito, ao admitir a efetivação do interesse público pelo indivíduo e por outros entes intermediários, não relegando essa função apenas aos

¹⁹² TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 124-127.

¹⁹³ NACLE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014, p. 99.

¹⁹⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 48-49.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO-SERRANO, Miryam. **Possibilidades constitucionales del principio de subsidiariedad**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008, p. 37-39.

entes estatais.¹⁹⁶ Da mesma forma, os poderes públicos devem adequar-se a esse modelo, dividindo-se conforme suas atribuições, regulando as relações entre o Estado e os particulares e entre os próprios entes estatais que o compõem. Assim, deve-se distribuir as responsabilidades conforme as autoridades competentes diretamente vinculadas aos cidadãos, bem como definir o âmbito de atuação de cada entidade.¹⁹⁷

A pretensão de atribuir uma distinção em razão da capacidade econômica ou financeira exige também uma abordagem da temática a partir do princípio da solidariedade social. A solidariedade, no entender de González Sánchez, funda-se num modelo social em que a pessoa deixa de adotar uma atitude passiva e assume responsabilidades e deveres, aceitando uma série de compromissos sociais relacionados à organização política. Isso passa a concretizar-se com maior amplitude quando a solidariedade social é elevada à categoria de princípio jurídico.¹⁹⁸

No Brasil, a solidariedade social foi inserida na Constituição Federal de 1988 no inciso I, do artigo 3º, como norma programática, dispondo que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária. Embora as normas programáticas não possuam força normativa direta, no entender de Afonso da Silva, são comandos diretivos que vinculam o legislador ordinário, condicionam as legislações futuras, orientam a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, vinculam a atividade discricionária da Administração Pública e as decisões do Poder Judiciário.¹⁹⁹

A solidariedade, conforme destaca Sanchez, remonta a um conceito indeterminado, pois não existe uma concreta delimitação do seu conteúdo. Seu conceito relaciona-se a diversos componentes sociais, como educação, saúde, assistência social, vida digna, entre outros. Consiste, sobretudo, em um valor ético que necessita de um reconhecimento social, mediante critérios racionais, podendo

¹⁹⁶ QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

¹⁹⁷ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34-36.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano**. Salamanca: Ratio Legis, 2012, p. 28.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 151.

ser exercida no âmbito individual e como uma limitação ao Poder Público.²⁰⁰

Ademais, a solidariedade refere-se ao papel do meio social na realização da dignidade da pessoa, ou seja, o aspecto extrínseco relacionado ao reconhecimento. Sua definição diz respeito a uma ação concreta em favor do outro, sendo não apenas um sentimento de benevolência, mas uma categoria essencial da vida social.²⁰¹

A caracterização da solidariedade social como objetivo fundamental da Constituição brasileira resulta numa interpretação em conformidade com essa nova diretiva. Significa em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualizadamente à pessoa, a exemplo do fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com características próprias do seu destinatário, como se verá adiante.

Esse princípio ganha força após a queda do modelo de Estado eminentemente liberal e com a instauração de um Estado Social, que tem como característica principal a consolidação de um constitucionalismo de estrutura solidária. Em especial, o surgimento dos regimes totalitários na Europa durante a Segunda Guerra Mundial demonstrou de forma evidente as falhas presentes no pressuposto principal do Estado liberal, qual seja, o não intervencionismo do Poder Público no desenvolvimento econômico e social. Nesse contexto, o constitucionalismo do Estado Social caracteriza-se pela sua capacidade em desenvolver mecanismos e possibilidades de articulação social.²⁰² Esse processo histórico-social culminou com a positivação desse princípio nos ordenamentos jurídicos nacionais e internacional.

Pode-se afirmar, conforme ressalta Boiteux, que a solidariedade é um princípio jurídico vinculado à relação entre si dos integrantes de um conjunto, bem como da relação do todo com cada uma de suas partes.²⁰³ A solidariedade foi

²⁰⁰ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano**. Salamanca: Ratio Legis, 2012, p. 22-23.

²⁰¹ DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 131-132.

²⁰² MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de la Solidaridad**. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 45-47.

²⁰³ BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. El principio de la solidaridad y los derechos humanos de naturaleza ambiental. In: LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson, 2011, p. 91.

integrada à Constituição Federal brasileira de forma que passou a ser a base do sistema de princípios éticos, mobilizando os indivíduos e grupos ao desenvolvimento de relações sociais benéficas.²⁰⁴

Em seguida, cabe discorrer sobre o contexto histórico e delimitação do princípio da igualdade. A declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 expressa em seu artigo 1º que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”. Nesse sentido, o princípio da igualdade relaciona-se com a igual posição em matéria de direitos e deveres, consistindo, essencialmente, em dois pressupostos: a) proibição de privilégios e benefícios ao usufruir de determinados direitos ou na isenção de deveres; b) proibição de prejuízo em detrimento da privação de qualquer direito ou imposição de deveres.²⁰⁵

Como observa Garcia, na evolução do princípio da igualdade podem ser identificadas três fases: a igualdade perante a lei; b) a igualdade com o sentido de vedação a qualquer forma de discriminação; c) a igualdade na aplicação da lei. Hodiernamente estas fases podem ser compreendidas na distinção entre igualdade formal e igualdade material.²⁰⁶

A igualdade formal, veiculada no caput do artigo 5º da Constituição Federal com a expressão “todos são iguais perante a lei”, exprime proibição de tratamentos diferenciados, de modo que todos que se encontram numa mesma situação recebam o mesmo reconhecimento pela lei. Por sua vez, a igualdade material, significa vedação da utilização de critérios injustos e violadores da dignidade da pessoa humana, no que diz respeito às situações de fato, visando evitar ou reduzir desigualdades substanciais. Todavia, apesar da distinção, ambas estão intrinsicamente ligadas, haja vista que tanto a lei deve ser justa, como a sua aplicação concreta.²⁰⁷

Conforme assinala Hesse, o princípio da igualdade em geral proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente, e o essencialmente desigual igualmente. A igualdade constitui, para o autor, uma tarefa fundamental do estado de direito social, de que o Poder Público, em especial o legislador, deve utilizar critérios justos como

²⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, p. 577-581.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 338-339.

²⁰⁶ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 36-37.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539-540.

base para uma equiparação, a fim de, no sentido da filosofia clássica, conceder a cada um o que é seu, ou seja, de concretizar a igualdade em seu sentido material.²⁰⁸

O princípio da igualdade significa ao legislador que, ao elaborar as leis, deve reger com iguais disposições situações idênticas e, reciprocamente, distinguir as situações que sejam distintas entre si, a fim de caracterizá-las de forma proporcional às suas diversidades.²⁰⁹ Porém, além de constituir uma limitação a ser observada pelo legislador, sob pena de inconstitucionalidade da lei, o princípio da igualdade apresenta-se como uma regra de interpretação ao juiz, que deverá conferir à lei o entendimento que não crie distinções.²¹⁰

Oportuna ainda a clássica assertiva de Rui Barbosa, ao inferir que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. Acrescenta ainda que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”.²¹¹

Do mesmo modo, a igualdade subsiste como norma voltada tanto ao aplicador da lei quanto ao próprio legislador. Destina-se, sobretudo, a conferir tratamento equitativo aos cidadãos, o que não impede a necessidade de deferir disciplinas diversas para situações equivalentes, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto.²¹²

Analisar somente a igualdade perante a lei não traduz a adequada compreensão do ordenamento jurídico hodierno, devendo ser interpretada como um limite à própria lei. Considerar a igualdade meramente como a necessidade de aplicação equânime das normas jurídicas, sem levar em conta as distinções existentes na sociedade, a tornaria um simples princípio de regularidade na aplicação do direito em geral.²¹³ Conclui-se que o princípio da igualdade não postula

²⁰⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 335-336.

²⁰⁹ FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 41, jul./set. 1955, p. 5.

²¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, 220-221.

²¹¹ BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. São Paulo: JG Editor, 2003, p. 46.

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 10.

²¹³ Cabe ressaltar, nesse ponto, que as constituições italiana, de 1948, e espanhola, de 1978, promoveram significativo avanço em relação ao princípio da igualdade, tendo em vista a previsão de que a todos os cidadãos deve ser garantida a igualdade perante a lei, bem como igualdade de

apenas um tratamento igual, mas também um tratamento desigual, de acordo com os elementos diferenciadores entre determinadas pessoas, de modo que “quando os indivíduos são iguais – mais rigorosamente: quando os indivíduos e as circunstâncias externas são iguais, devem ser tratados igualmente, quando os indivíduos e as circunstâncias externas são desiguais, devem ser tratados desigualmente”.²¹⁴

Como esclarece Sarlet, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva que faz com que cada ser humano seja merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, de modo a garantir que não sofra qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como seja portador de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.²¹⁵

A necessidade de atribuir ao indivíduo um valor intangível originou-se, especialmente, de documentos históricos como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os quais reconheceram importantes direitos humanos, tais como a liberdade e a igualdade.²¹⁶ Porém, é com a Declaração Universal de Direitos Humanos²¹⁷, de 1948, que a dignidade humana tornou-se efetivamente consagrada, princípio do qual decorrem os demais valores essenciais à sociedade.²¹⁸

O princípio da dignidade humana ganha especial destaque diante da afirmação formulada por Kant no sentido de que os seres humanos, tidos como racionais, podem agir de determinada forma visando alcançar uma finalidade.

condições materiais, mediante a remoção de obstáculos de ordem social e econômica que limitem a igualdade substancial. O artigo 3º da constituição italiana estabelece que: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem discriminação de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais. Cabe à República remover os obstáculos de ordem social e econômica que, limitando de facto a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”. De forma semelhante, o artigo 9º da constituição espanhola prevê que “cabe aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social”.

²¹⁴ Kelsen, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 51-54.

²¹⁵ Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

²¹⁶ Medina, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. In: **Direitos Fundamentais Revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 292.

²¹⁷ Conforme inicia o texto da referida declaração, “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo”.

²¹⁸ Comparato, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

Segundo o autor, o indivíduo existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso arbitrário de uma vontade.²¹⁹ Ao longo da história, a dignidade humana foi frequentemente definida como uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, ou seja, o valor próprio que identifica o ser humano como tal.²²⁰

Diante do desenvolvimento do pensamento e da racionalidade humana, a concepção do homem passa a ser inerente ao seu princípio fundamental: a dignidade humana. Esta é fruto da própria essência do indivíduo, um ser considerado como um fim em si mesmo e que possui capacidade de viver em condições de autonomia.²²¹ A ausência de dignidade significaria a identificação do ser humano como um mero objeto, pois viola uma característica própria da natureza humana.

A dignidade humana origina-se do termo *dignitas*, que significa consideração, estima, respeitabilidade ou nobreza.²²² Considerado, ao longo da história, como um princípio fundamental à concepção da humanidade, a dignidade é conceituada como um atributo intrínseco, isto é, inerente à pessoa humana, confundindo-se com a própria natureza do ser humano.²²³ Larenz ressalta que a dignidade consiste na prerrogativa de todo ser humano ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de guir de seu próprio âmbito existencial.²²⁴ Além da concepção jurídica, a dignidade humana caracteriza o indivíduo como tal, constituindo um conceito *a priori*, isto é, um dado preexistente a toda experiência especulativa.²²⁵

Historicamente, a dignidade foi reconhecida pela Carta de Direitos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*), que reconheceu a denominada “dignidade real” (*royal dignity*), estendida apenas aos membros da nobreza. Em sua concepção moderna, atribuiu-se à dignidade maior relevância e amplitude, aplicando-se a todas as pessoas, além

²¹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70. ed. Lisboa: 1986, p. 67-68.

²²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 202-203.

²²¹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21.

²²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2006, p. 105.

²²³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

²²⁴ LARENZ, Karel. **Derecho civil: parte general**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 46.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 91.

de funcionar como um equalizador, ou seja, se todos possuem dignidade, todos se submetem aos mesmos benefícios e obrigações jurídicas. Após sua inclusão expressa nas constituições dos Estados, passou a ser possível a sua juridicidade perante as cortes constitucionais, que deve ser assegurada pelos demandantes.²²⁶

A dignidade humana serve como fundamento para os demais princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, servindo como suporte axiológico para todo o ordenamento jurídico.²²⁷ Tendo em vista a sua importância, a dignidade humana foi, inclusive, consagrada pela Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito.²²⁸ A partir da previsão normativa, vislumbra-se, além da necessidade de o indivíduo impedir a sua degradação, a necessidade de o Estado buscar propiciar ao indivíduo a garantia de sua existência material mínima.²²⁹

Definir o conteúdo normativo da dignidade humana gera diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista a complexidade histórica, cultural e axiológica, além da própria indeterminação desse conceito jurídico.²³⁰ Pode-se afirmar, de plano, que a dignidade humana consiste no princípio matriz da Constituição Federal, atribuindo sua unidade de sentido e condicionando a interpretação das normas previstas em seu texto. Assim como os direitos e garantias fundamentais, esse princípio incorpora exigências jurídicas e valores éticos ao ordenamento jurídico brasileiro.²³¹

A dignidade evidencia o dever de todos em reconhecer e tutelar a dignidade de cada um, de modo que os poderes públicos apenas serão autorizados a realizar condutas que não violem esse princípio elementar. Busca concretizar, especialmente, a não discriminação entre indivíduos, a liberdade, a solidariedade

²²⁶ DALY, Erin. **Dignity Rights: courts, constitutions and the Worth of the human person**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013, p. 11-12.

²²⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 193.

²²⁸ De acordo com o texto constitucional, “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”.

²²⁹ BENDA, Ernesto. Dignidade humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernesto; MAIHOFFER, Werner; VOGEL, H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 124-127.

²³⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 90.

²³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

entre os membros da sociedade, e reconhecimento de sua condição humana.²³²

Por previsão expressa no texto constitucional, não há dúvidas de que, no Brasil, a dignidade humana possui o status de norma jurídica fundamental do Estado, de modo que possui normatividade e aplicação a todo o sistema de regras e princípios constitucionais. Nesse sentido, é o Estado que funciona como o meio de concretização dos pressupostos da dignidade humana, como um fim de conferir efetividade à previsão constitucional.²³³

Nesse sentido, podem ser visualizados quatro componentes do princípio da dignidade da pessoa humana: 1) valor intrínseco da pessoa, que veda a sua instrumentalização como forma de beneficiar terceiros; 2) a igualdade, da qual se conclui pela rejeição de hierarquias sociais e culturais; 3) o mínimo existencial, que visa à garantia de um substrato material imprescindível para a realização de uma vida digna; 4) o reconhecimento, que busca o respeito às características individuais e coletivas.²³⁴

A dignidade da pessoa humana possui relação intrínseca com a garantia de direitos fundamentais mínimos na esfera constitucional, denominado por parcela da doutrina como o mínimo existencial, vez que não se pode assegurar uma vida digna a um indivíduo se não forem atendidas determinadas garantias. O mínimo existencial é composto, especialmente, pela educação, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça.²³⁵ Se essas condições matérias básicas não forem atendidas, estar-se-á frustrando a tutela da dignidade humana, por impedir o gozo de bens materiais e imateriais que permitem o desenvolvimento autônomo e digno do cidadão.²³⁶

A relação indissociável entre esses conceitos é visualizada a partir da constatação de que os direitos fundamentais explicitam a dignidade da pessoa humana, de modo que normalmente em cada direito fundamental há alguma

²³² JABORANDY Clara Cardoso Machado; MARTINI, Sandra Regina; RESTA, Eligio. Direito e fraternidade: a dignidade humana como fundamento. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, set./dez. 2017, p. 95-99.

²³³ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 92-93.

²³⁴ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 92.

²³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 288.

²³⁶ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 393.

projeção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, existe uma consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade da pessoa humana.²³⁷

Na visão de Sarmento, uma das funções do princípio em apreço é justamente o papel hermenêutico, sendo responsável por guiar os processos de interpretação, aplicação e integração do Direito, especialmente em relação aos direitos fundamentais. Isso porque a dignidade da pessoa humana está consagrada em todos os direitos, ainda que com intensidades variadas, a exemplo das liberdades, direitos políticos, sociais, culturais e econômicos.²³⁸

Conforme o exposto, deste princípio resultam duas consequências: 1) assegura que uma pessoa não poderá ser reduzida à condição de mero objeto para uma finalidade a ser alcançada por terceiros. Há destaque para a esfera negativa dos direitos fundamentais, vez que consiste em uma esfera de proteção contra atos que ocasionem lesão ou ameaça às garantias do indivíduo; 2) impõe deveres ao Poder Público a fim de resguardar a dignidade da sociedade, inclusive mediante medidas prestacionais positivas.²³⁹

Ademais, é possível visualizar que, a partir do respeito à dignidade humana, decorrem outros quatro preceitos: 1) a igualdade de direitos entre todos os homens, passando a integrar a sociedade como pessoas e não como cidadãos; 2) a garantia da independência e autonomia do indivíduo, tendo especial atenção aos meios de coação externa em sua personalidade ou à atuação que implique a sua degradação; 3) a proteção dos direitos inalienáveis do homem; 4) a impossibilidade da negativa dos meios essenciais para o desenvolvimento como pessoa ou da imposição de condições degradantes de vida.²⁴⁰

Barroso ressalta, ainda, três observações sobre o princípio da dignidade humana: 1) o princípio é parte do conteúdo dos direitos fundamentais, mas com estes não se confunde. Não é tampouco um direito fundamental em si, ponderável

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 101.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 79-80.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: _____ (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31-33.

²⁴⁰ FLÓREZ-VALDES, Joaquín Arce. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**. Madri: Editorial Civitas, 1990, p. 149.

com os demais, mas consiste em parâmetro de ponderação em caso de concorrência entre direitos fundamentais; 2) apesar de ser um valor ou princípio fundamental, a dignidade humana não tem caráter absoluto; 3) aplica-se tanto às relações entre indivíduo e Estado, quanto nas relações privadas.²⁴¹

A constitucionalização do princípio da dignidade humana modificou, sobretudo, a sua construção jurídica, ao tornar-se o elemento fundante de todo o ordenamento jurídico. Pode-se afirmar que atualmente, a dignidade humana é considerada como um superprincípio constitucional, no qual todas as demais escolhas políticas realizadas no mundo jurídico são fundamentadas.²⁴²

Diante dessas considerações, é possível compreender que a dignidade humana não se coaduna como um conceito vazio ou abstrato, mas sim como um conceito valorativo, o qual determina um valor constitucional como o centro do ordenamento jurídico. Esse conceito define, ao mesmo tempo, uma norma constitucional e um direito fundamental, o que remete a uma visão na qual o ser humano deve ser considerado a base na interpretação das demais normas.²⁴³

Portanto, buscou-se demonstrar neste tópico os princípios que permitem uma nova concepção acerca do direito fundamental à saúde. O princípio da subsidiariedade, como o principal, destaca a necessidade de o Estado apenas fornecer aquilo que o cidadão não pode obter com seus próprios meios, o que seria aplicável à concretização do direito à saúde. Os demais princípios, como a igualdade, a solidariedade social e a dignidade humana foram aqui ressaltados por sua relação intrínseca com a subsidiariedade e sua relevância para conferir maior efetividade a esse direito.

A partir da contextualização sobre o contexto e os principais princípios delineadores do Direito Fundamental à Saúde, bem como o papel ocupado no constitucionalismo atual, construiu-se a base para uma nova interpretação e aplicação desse direito no Brasil. Isso porque, apesar de ser um direito fundamental de caráter universal, a gratuidade pode ser mitigada e reinterpretada em conformidade com o princípio da subsidiariedade, bem como dos demais princípios dele decorrentes.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

²⁴² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 2, n. 2, 2001, p. 55.

²⁴³ QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 19-20.

Feitas estas considerações, é oportuno proceder um estudo acerca da teoria conhecida como “Análise Econômica do Direito”, partindo do pressuposto de que pode ser um instrumento útil à compreensão dos atuais obstáculos à plena efetivação de demandas que envolvem direitos fundamentais e a escassez de recursos públicos para concretizá-los, como é o caso do direito à saúde no Brasil.

2.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A doutrina da Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* originou-se na Universidade de Chicago, nos Estados Unidos, a partir da década de 60, ganhando destaque principalmente com a crise do Estado Social de 1970. Baseada inicialmente nos estudos de Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, essa teoria busca conectar as áreas do Direito e da Economia, trazendo percepções econômicas para a análise e previsão de possíveis efeitos decorrentes de uma decisão judicial. Essa concepção institui uma nova visão sobre a previsibilidade e certeza do sistema jurídico, estruturando como deveriam ser as decisões jurídicas, a fim de verificar suas consequências e eficiência.²⁴⁴

Assim, “nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico”.²⁴⁵ É frequente a aplicação de conceitos econômicos pelo Poder Judiciário na tomada de decisões, como na estimativa de indenização por danos materiais decorrentes de um acidente de trânsito. Contudo, a Análise Econômica do Direito vai além de tais questões, aplicando-se as ferramentas da Economia justamente em casos nos quais normalmente não se associam aspectos econômicos, a exemplo da concretização de direitos fundamentais.²⁴⁶

O principal objetivo é evitar a visão anterior, influenciada sobretudo pelo positivismo, de que o Direito não deveria empregar outros elementos além de termos propriamente jurídicos, visto que esse movimento busca uma concepção

²⁴⁴ BERNABÉ, Ellen do Socorro Barbosa Nogueira. **Análise Econômica do Direito à Saúde: o caso do Estado do Pará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 96-97.

²⁴⁵ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²⁴⁶ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14-15

interdisciplinar ao aplicar critérios econômicos para a resolução de problemas sociais. Diversamente da noção tradicional de que o Direito pode apenas ser analisado através da doutrina jurídica baseada no senso de justiça e na legislação, a Economia reconhece que essa percepção pode ser aprimorada por conceitos econômicos, como o critério da eficiência.²⁴⁷

De acordo com uma concepção tradicional, os operadores do Direito partem do pressuposto de que o Direito é um conjunto de normas e, por isso, identificam seu conteúdo e alcance, com base na hermenêutica jurídica. Já os juseconomistas sustentam que o Direito consiste em um conjunto de normas estabelecendo custos e benefícios para aqueles que se comportam conforme os incentivos ali previstos. Sua abordagem fundamenta-se nas causas e consequências das regras jurídicas, avaliando o modo de atuação dos agentes diante de uma dada norma.²⁴⁸

É possível distinguir as concepções da análise entre a Economia e o Direito em duas: 1) a antiga escola de Chicago, a qual enfoca no estudo das funções de regulação exercidas pelas leis e demais normas de mercado; 2) a nova escola, que, além desses aspectos, avalia como as estruturas e normas sociais influenciam as condutas adotadas pelos indivíduos, pois a lei não regula somente as ações humanas.²⁴⁹

Ao contrário do entendimento comumente difundido na sociedade, a Economia não se reduz a somente números e negócios, mas se mostra como a ciência que auxilia na realização de escolhas racionais, em um contexto no qual os recursos são limitados em relação aos anseios sociais. A finalidade é justamente explorar as implicações presunção de que o indivíduo que busca, de forma racional, maximizar as suas satisfações, concluindo-se que as pessoas respondem a determinados incentivos.²⁵⁰

Portanto, utilizando as fontes da Economia para compreender institutos jurídicos e para solucionar questões legais, a Análise Econômica do Direito baseia-se, sobretudo, na escassez de recursos e em sua alocação eficiente na sociedade,

²⁴⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 5-8.

²⁴⁸ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18-19.

²⁴⁹ MELO, Daniela Vieira de. Considerações sobre Análise Econômica do Direito e a Efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 1, out. 2016, p. 159.

²⁵⁰ POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986, p. 3.

criando incentivos para que a sociedade adote ou siga uma conduta específica. Levando em consideração a premissa de que o indivíduo é um ser racional movido por determinados comportamentos, o Direito não pode ser fundado em teorizações sem a avaliação das consequências decorrentes das decisões legais e quais são as alternativas mais eficientes.

Assim, passa-se a considerar as instituições jurídicas como pertencentes ao sistema econômico, e não mais questões externas a este. Utilizando-se como base alguns aspectos e métodos da teoria microeconômica, antes de se tomar uma decisão, deve-se comparar os benefícios e custos decorrentes das possíveis alternativas, sob uma ótica consequencialista, ou seja, uma avaliação acerca dos prováveis efeitos após a realização da escolha.²⁵¹

Comparam-se os benefícios e os custos das opções propostas antes da tomada de uma decisão de qualquer natureza, sendo avaliados conforme as preferências dos agentes e as informações disponíveis em determinado contexto. Em síntese, a Análise Econômica insere uma noção de eficiência às normas jurídicas, verificando se os critérios utilizados promovem o uso eficiente dos recursos e suas consequências à sociedade.

Tanto a Economia quanto o Direito se inter-relacionam pelo fato de que ambas as disciplinas tratam, basicamente, de incentivos. De acordo com Miceli, a abordagem econômica do Direito assume que indivíduos racionais visualizam as sanções legais, como indenizações monetárias e a prisão, como um preço implícito para determinados tipos de comportamento, de modo que tais preços podem ser ajustados para guiar as condutas adotadas para uma direção adequada.²⁵²

A fim de compreender a relação intrínseca entre o Direito e a Economia, Mertens de Wilmars destacou que:

[...] bom número de instituições jurídicas clássicas, assim o usufruto, a acessão ou a cláusula de reserva de domínio, nada mais são do que uma regulamentação de relações econômicas subjacentes. Todavia, como estão profundamente ancoradas no direito positivo, não as percebemos senão como conceitos jurídicos, sem nos darmos conta de seu significado econômico [...].²⁵³

²⁵¹ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 53.

²⁵² MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 1.

²⁵³ WILMARS, Josse Mertens de. De economische opvattingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: les conceptions économiques dans la jurisprudence de la Cour des communautés européennes. 1972, p. 285 *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU,

Para a perspectiva econômica, o objetivo do Direito é promover maior eficiência e, por conseguinte, o maior bem-estar social. Nesse sentido, as cortes deveriam interpretar as normas jurídicas segundo um critério que considere seus efeitos sobre os recursos públicos. Uma análise entre custos e benefícios permite, sobretudo, que sejam previstas as consequências de uma decisão judicial para a própria sociedade, como principal destinatária dos direitos fundamentais e políticas públicas.²⁵⁴

Existem críticas a essa forma de pensar sob o argumento de que não é viável ao Direito basear-se em definições econômicas de eficiência. De forma diversa, dever-se-ia alcançar os objetivos jurídicos típicos, tais como a justiça e a equidade. Porém, torna-se essencial ressaltar que a eficiência é apenas uma das possíveis concepções de justiça, derivada da adequada distribuição de riquezas na sociedade (justiça distributiva) e como uma repartição justa pode ser realizada com o menor sacrifício aos recursos disponíveis.²⁵⁵

Com o propósito de sustentar a importância da Análise Econômica do Direito, Coase destaca que, conforme uma definição clássica, uma lei é, em síntese, uma obrigação apoiada em uma sanção do Estado, mas a principal pergunta que decorre dessa definição é: pode uma sanção gerar a adoção de um determinado comportamento? Visando a responder esse questionamento, os economistas criaram uma teoria científica com o objetivo de prever os efeitos das sanções legais no comportamento humano, na qual as sanções são semelhantes a preços. Isso porque a resposta a essas sanções é similar a resposta a preços: os indivíduos normalmente respondem a altos preços consumindo menos produtos custosos, enquanto, pela mesma razão, respondem a sanções legais severas realizando cada vez menos as atividades sancionadas.²⁵⁶

Inserir elementos de Economia ao Sistema Jurídico significa que, similarmente ao estudo dos preços no mercado, será realizada uma análise dos custos e benefícios derivados de uma decisão judicial ou da imposição de uma nova

Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 7.

²⁵⁴ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 53-54.

²⁵⁵ MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004, p. 3.

²⁵⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011, p. 3.

lei, a fim de verificar a eficiência de suas medidas. A eficiência é um dos mais importantes aspectos da elaboração de políticas governamentais, vez que proporciona um estudo empírico sobre as despesas públicas, o que se mostra útil para os operadores do Direito ao avaliar os efeitos das normas em relação aos valores sociais relevantes.²⁵⁷

Devido à constante escassez de bens e serviços, os agentes econômicos conferem preferência aos fatores de produção que buscam aumentar a produtividade ou o bem-estar. Essa concepção de eficiência, inicialmente instituída por Pareto, compreendia que um fenômeno seria economicamente eficiente quando estivesse apto a produzir um resultado de forma superior à situação anterior, sem perdas para os demais atores. Sob o ponto de vista normativo, a eficiência consiste em um critério destinado a concluir se uma norma jurídica é desejável.²⁵⁸

De modo diverso, segundo Kaldor e Hicks, um resultado também será eficiente quando as externalidades e os custos das transações são compensados pelos benefícios obtidos pelo agente ganhador. Assim, os ganhadores compensam os prejuízos daqueles perdedores de direitos, ocorrendo uma maximização de resultados e alocação de bens.²⁵⁹

Todavia, não apenas a eficiência é estudada pela Análise Econômica do Direito, mas também os efeitos de medidas legais sobre a distribuição de riquezas, de modo a prever quem realmente suporta o seu ônus. Isso porque de pouco adianta meramente apontar a eficiência como valor social sem considerar o modo de distribuição de riquezas na sociedade, o que será especificado adiante, na análise das teorias econômicas relacionadas ao direito à saúde.

No âmbito de uma democracia representativa, diversos representantes políticos, incluindo os responsáveis pela elaboração, regulamentação e execução das normas, podem implementar políticas públicas sob uma perspectiva incompleta, que não explicita concretamente os seus propósitos e alternativas viáveis à sociedade. De acordo com a concepção tradicional sobre as políticas públicas, em termos teóricos, a questão fundamental é: qual será o impacto da referida política no

²⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011, p. 3-4.

²⁵⁸ POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986, p. 18-19.

²⁵⁹ STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, vol. 4, n. 2, 2001, p. 42-43.

contexto nacional ou regional? Essa medida é justa ou razoável? De outra forma, tal questionamento poderia ser formulado, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, da seguinte forma: o resultado dessa política ou legislação será eficiente?²⁶⁰

É possível inferir que um dos aspectos centrais da Análise Econômica do Direito refere-se à análise das consequências de uma decisão judicial ou política pública, no intuito de facilitar a tomada da decisão mais eficiente por juízes e legisladores. Afinal, notadamente em casos complexos, não existem respostas corretas, e sim a avaliação mais eficiente de seus possíveis efeitos.

Ademais, normalmente os economistas buscam responder aos seguintes questionamentos, que originam uma importante classificação dessa disciplina: 1) quais são as consequências de uma determinada regra jurídica?; 2) qual regra jurídica deveria ser adotada? Tais perguntas referem-se, respectivamente, aos ramos da Análise Econômica do Direito positiva (o que é) e negativa (o que deve ser). Sustenta-se que o mundo dos fatos, cujos resultados podem ser avaliados através de métodos científicos passíveis de falsificação, é distinto do mundo dos valores, que não pode ser investigado empiricamente ou ser sujeito à falsificação.²⁶¹

Em sua vertente positiva, o economista não pode sugerir a realização de políticas públicas ou o modo como uma decisão deve ser tomada, mas sim identificar possíveis alternativas e identificar suas consequências, conforme uma relação custo-benefício. Por outro lado, em sua vertente negativa, o economista poderá realizar uma análise normativa, afirmando qual política pública deve ser realizada, desde que com base em alternativas previamente delineadas.²⁶²

Nesse contexto, muito se tem descrito sobre a eficiência e as melhores consequências de uma decisão. Apesar das diferentes concepções que a eficiência pode assumir, incumbe destacar que a eficiência alocativa dos recursos ocorre quando estão presentes duas características: 1) os indivíduos mais privilegiados são capazes de compensar os menos privilegiados e, ainda sim, resguardar a si mesmos alguns benefícios derivados dessas mudanças (critério de Kaldor); 2) os indivíduos menos privilegiados não podem oferecer aos mais privilegiados algo que possa

²⁶⁰ MERCURO, Nicholas. Law and Economics: systems of social control, managed drift, and the dilemma of rent-seeking in a representative democracy. In: HATXIS, Aristides N.; MERCURO, Nicholas (org.). **Law and Economics: philosophical issues and fundamental questions**. New York: Routledge, 2015, p. 121.

²⁶¹ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 15.

²⁶² GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

dissuadi-los do interesse ou que os torne indiferentes às mudanças (critério de Hicks).²⁶³ O ponto crucial para essa definição é a compensação dos mais privilegiados aos menos privilegiados.

Por outro lado, Posner sustenta que a eficiência significa a maximização de riquezas, a qual inicialmente era definida como de caráter monetária e baseada estritamente no Direito. De outro modo, atualmente, é considerada como um dos diversos critérios interdisciplinares para a tomada de decisões judiciais com base nas consequências mais benéficas.²⁶⁴

Esse aspecto econômico é relacionado à previsibilidade de comportamentos, por meio da utilização da racionalidade de escolhas e critérios interdisciplinares para entender a maximização de riquezas. Porém, a maximização de riquezas não é a única vertente a ser considerada nas decisões judiciais, pois deve ser analisada a partir de um ponto de vista amplo, no qual o Direito consiste em um instrumento para a efetivação dos interesses sociais.²⁶⁵

Tendo em vista os conceitos explicados, verifica-se que a Análise Econômica do Direito, no intuito de compreender as consequências decorrentes de determinadas decisões, preliminarmente busca compreender o modo como os seres humanos decidem. Mesmo os mais corriqueiros aspectos da vida em sociedade impõem a realização de escolhas, como a compra de um veículo e o aluguel de um apartamento, vez que os recursos não são ilimitados. A racionalidade é o critério que auxilia no entendimento do comportamento decisório dos indivíduos, o que será analisado, segundo Machaay e Rousseau, consoante três aspectos: a escassez, a escolha racional e a incerteza.²⁶⁶

Um dos conceitos elementares estudados pela Análise Econômica do Direito é a escassez, fundamentalmente em relação à premissa de que os recursos na sociedade são limitados, enquanto os desejos humanos são infinitos, decorrentes da necessidade de serem feitas escolhas sobre possíveis alternativas e sacrifícios para

²⁶³ LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner**. Master of Laws Degree Dissertation (LLM in Law) – University Center of the State of Pará. Belém, 2017, p. 361.

²⁶⁴ POSNER, Richard Allen. **Overcoming Law**. 4. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 130-133.

²⁶⁵ POSNER, Richard Allen. **Overcoming Law**. 4. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 130-133.

²⁶⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 25-26.

a alocação de recursos.²⁶⁷ Aplicando esse conceito ao direito fundamental à saúde, para fins deste trabalho, devido à falta de recursos orçamentários para atender a todas as demandas sociais, é fundamental concretizar esse direito de acordo com as limitações estais. Afinal, a mera proteção legal prevista em uma norma é ineficaz se não há recursos orçamentários suficientes para cumpri-la.²⁶⁸

Em relação às suas características, cabe ressaltar que a escassez não é determinada historicamente. Isso significa que “as coisas não são raras de forma absoluta, mas sempre em relação a preferências daqueles que delas fazem uso, tendo em vista os usos que conhecem ou imaginam”.²⁶⁹ Quando determinados bens tornam-se escassos, são criadas instituições responsáveis pelo seu uso conforme as necessidades humanas, a fim de coibir sua utilização desmedida, ou mesmo a aplicação de recursos diversos para alcançar o objetivo pretendido.²⁷⁰

Além de não ser determinada historicamente, a escassez também é subjetiva, isto é, sua variação também ocorre de pessoa para pessoa. As transações comerciais na sociedade baseiam-se na ideia de que, para o adquirente, aquele bem é mais raro e necessário, o que não significa o mesmo para o vendedor, havendo uma valorização diferenciada do bem para as duas partes. Da mesma forma, saber se uma determinada coisa pode substituir outra é uma questão subjetiva.²⁷¹

A escassez manifesta-se justamente em uma situação de conflito, pois um bem torna-se escasso a partir do momento em que todos desejam obtê-lo em abundância. Enquanto anteriormente era desnecessário pensar na limitação de seu uso, passará a ser necessário instituir regras para regular de que forma será utilizado.²⁷²

Nesse sentido, como os bens e serviços não são disponibilizados de forma ilimitada, a escassez impõe a realização de escolhas. Os indivíduos passarão a

²⁶⁷ GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. Direito e Economia na consecução de políticas públicas para a saúde no Brasil: a *public choice* no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Maranhão, v. 3, n. 2, jul./dez. 2017, p. 23.

²⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

²⁶⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 27.

²⁷⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 27.

²⁷¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 28-29.

²⁷² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 29-30.

adaptar-se a mudanças, ou seja, responderão a incentivos estabelecidos pelo meio social. Esses incentivos representam uma forma para se obter determinada vantagem, na busca pela melhor solução possível. A decisão segue então o modelo conhecido como “escolha racional”, em que, diante de um caso concreto, o indivíduo analisa os objetivos pretendidos, as possíveis alternativas, a sua contribuição para o resultado e os custos decorrentes da escolha.²⁷³

Desse modo, o indivíduo passou a ser considerado um agente racional que visa à maximização de seus interesses. Esse modelo de ator racional é demonstrado a partir de quatro constatações, nas quais o agente: 1) possui crenças pré-estabelecidas e que não podem ser modificadas; 2) possui crenças internamente coerentes, não sendo contraditórias; 3) pode compreender o seu contexto de forma clara; 4) é dotado da capacidade de elaborar e entender informações, por meio de um raciocínio dedutivo e probabilístico.²⁷⁴

A maximalização racional faz com que os indivíduos escolham, dentre as alternativas disponíveis, aquelas que acarretem maiores benefícios por um custo menor. Como consequência, o indivíduo tomará uma decisão apenas se seus benefícios excederem seus custos.

De acordo com essa ótica, as previsões do comportamento humano partem do pressuposto de que o agente racional busca realizar a ação que promova maior utilidade. Há críticas quanto a esse modelo, denominado como racionalidade limitada (*Bounded Rationality*), pois nem sempre tal comportamento empiricamente observável é verificado na realidade prática. O sistema de racionalidade humana não é necessariamente previsível, existindo lacunas no momento da tomada de uma decisão efetivamente maximizadora de utilidade.²⁷⁵

Esse modelo da escolha racional gera uma dependência em relação às informações disponíveis sobre as opções e suas consequências, de modo que o indivíduo escolherá a melhor alternativa dentro de seus conhecimentos.²⁷⁶ Contudo,

²⁷³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 30-31.

²⁷⁴ GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 127.

²⁷⁵ IMON, Herbert A. Introductory Comment. In: EGIDI Massimo and Marris, Robin (org). **Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution**. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992. p. 3

²⁷⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 33.

Simon aponta tal concepção como irrealista, pois funda-se, sobretudo, no tratamento da informação. Ao resolver problemas de média complexidade, os indivíduos raramente possuem tamanha informação apta a analisar todas as opções existentes para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todas as opções existentes. É necessário encontrar ferramentas simplificadoras para considerar as informações em uma decisão.²⁷⁷

Por fim, a incerteza consiste em um fator inafastável da sociedade, devendo ser levada em consideração em toda atividade humana. A escassez e a inovação fazem com que os seres humanos aceitem determinadas escolhas ou adaptem-se a um novo meio. Ao escolher tomar determinadas decisões, os indivíduos intuitivamente aceitam correr o risco do sucesso ou insucesso em qualquer ação.²⁷⁸

A análise feita até o momento tem o objetivo de aplicar alguns conceitos do Direito e da Economia, como custo, alocação de recursos e eficiência, para garantir a concretização adequada do direito fundamental à saúde. Conforme explicado, eficiência significa, em síntese, assegurar a maximização dos benefícios com os menores custos. A principal finalidade é alcançar uma situação ótima em que não haja danos na situação ou, ainda, que as pessoas eventualmente prejudicadas não necessitem recorrer ao Poder Judiciário para tornar efeito o seu direito, segundo critérios orçamentários.

Esse problema se justifica, especialmente, pelo fato de que o texto constitucional e as previsões legais brasileiras que delimitam o direito à saúde ainda não são efetivos, em razão das restrições orçamentárias enfrentadas pelas autoridades públicas e a falta de serviços de qualidade aos cidadãos.

A Análise Econômica do Direito pode ser um excelente instrumento para juízes, autoridades públicas e legisladores no intuito de verificar os impactos de determinadas propostas que visam à implementação de direitos fundamentais, políticas públicas ou outras ações sociais relevantes para o país, examinando como elas afetam o orçamento governamental e econômico custos. Quando a medida pública é a concretização de interesses sociais, como o direito à saúde, a inclusão de elementos econômicos é útil na avaliação dos custos e benefícios decorrentes da ação, a fim de se chegar a uma decisão justa para a sociedade.

²⁷⁷ SIMON, Herbert Alexander. **Models of Discovery and Other Topics in the Methods of Science**. Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1977, p. 159.

²⁷⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 39-40.

Desse modo, torna-se evidente que a implementação desse direito depende de um modelo que preveja o atendimento para quem necessita de tratamentos médicos, de acordo com seus recursos financeiros ou econômicos, o que também se coaduna com algumas teorias econômicas aprofundadas adiante.

2.4 O DIREITO À SAÚDE AVALIADO NA SUA DIMENSÃO ECONÔMICA

Serão analisadas a seguir algumas teorias, relacionadas aos âmbitos do Direito e da Economia, que se mostram relevantes para a adequada compreensão do acesso à saúde pública no contexto atual: os custos dos direitos, as escolhas trágicas e a reserva do possível.

De plano, previamente à análise acerca das proposições mencionadas, cabe iniciar uma contextualização acerca da relação entre a concretização dos direitos fundamentais de caráter social e os custos dela decorrentes para o Estado. Conforme aventado acima, os direitos sociais demandam uma atuação ativa do Poder Público, sendo especialmente visível o seu *status* positivo, vez que o titular poderá demandar a realização de determinados serviços ou a obtenção de bens.

Sob essa ótica, é possível verificar que os direitos econômicos e sociais exigem a realização de uma prestação material por parte do Estado, refletindo-se, essencialmente, em um custo de natureza financeira. Isso porque, para a sua concretização, tais direitos demandam a implantação de estruturas, a disponibilidade de bens e a realização de serviços públicos, o que é sempre convertido em um subsídio financeiro, de modo que, ao invés de concretizá-lo, o Poder Público poderia simplesmente transferir ao seu titular uma quantia monetária.²⁷⁹

Nesse contexto, a fim de obter recursos aptos a custear os direitos sociais, o Estado utiliza-se da atividade financeira para fazer *jus* às obrigações exigidas pela coletividade.²⁸⁰ No caso do direito à saúde, por exemplo, impõe-se a necessidade de

²⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89

²⁸⁰ Nesse sentido, para Leite, a atividade financeira do Estado coincide com a sua própria atividade essencial, qual seja, a promoção do bem comum, realizada através da aplicação de recursos financeiros para atender às demandas públicas (LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 38-39). Em síntese, é definida como a obtenção, gestão e dispêndio dos recursos necessários à realização de prestações públicas (SERRANO, Luis Sánchez. **Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional**. Vol. I. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 31-34).

construção de hospitais e postos de saúde, pagamento de médicos, enfermeiros, dentistas e outros funcionários, aquisição de insumos, além do dispêndio dos demais gastos necessários para a prestação de serviços adequados.

Especialmente a partir do surgimento do Estado Social, por influência da Constituição Mexicana (1917) e da Constituição Alemã de Weimar (1919),²⁸¹ torna-se necessário arrecadar cada vez mais recursos, pois, com o reconhecimento dos direitos sociais nas Constituições e a obrigação estatal de satisfazer as necessidades dos indivíduos, ampliou-se a atuação da atividade financeira.²⁸² É nesse modelo que o Poder Público passa a também deter a responsabilidade de garantir as necessidades sociais, sobretudo, quando o indivíduo isoladamente não consegue obter tais recursos.

Entretanto, como os direitos sociais e econômicos traduzem-se na disponibilização de recursos financeiros para a sua efetivação, de pouco adianta a sua previsão na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais se, na prática, sua realização ampla e adequada não se mostra como uma realidade. Um dos motivos para a ineficácia dessas normas no contexto social refere-se ao fato de que o texto constitucional prevê que algumas prestações sociais, além do caráter universal, também são gratuitas a todos, sem critérios baseados nas condições financeiras dos titulares, como ocorre com o direito à saúde, o que se verá adiante.

Vislumbra-se que os direitos fundamentais estão diretamente atrelados à situação econômico-financeira do país. É nesse contexto que Miranda sustenta que uma crise econômica, por gerar uma diminuição na arrecadação de recursos do Estado, ocasiona também uma crise constitucional, por levar a uma incapacidade de efetivação dos direitos fundamentais. Assim, essa crise relaciona-se a uma “desproporção entre as obrigações decorrentes de direitos fundamentais e os recursos financeiros disponíveis para custeá-los”.²⁸³

O Estado que apresenta uma atividade financeira em equilíbrio está apto a realizar as obrigações a ele imputadas, especialmente a concretização dos direitos sociais e econômicos, sendo denominado de Estado de bem-estar. Por outro lado, caso não consiga satisfazer adequadamente tais objetivos, haverá um Estado de

²⁸¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora e Editora Diploma Legal, 2003, p. 57.

²⁸² LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 36-37.

²⁸³ MIRANDA, Felipe Arady. **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Crise Econômico-Financeira**: o retrocesso social como garantia da efetividade dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 70-71.

mal-estar, caracterizado por uma crise de direitos fundamentais.²⁸⁴

Ao vivenciar uma situação de crise constitucional, é comum que se adotem medidas que impliquem em prejuízo na efetivação dos direitos fundamentais, a fim de conter o déficit no orçamento público. Contudo, é inevitável que tais reduções ocasionariam reflexos extrajurídicos, tendo em vista a importância de garantias jurídico-constitucionais mínimas.

No caso da saúde, por exemplo, a ausência de recursos aptos a custear serviços básicos ao cidadão pode trazer consequências extremamente negativas, por relacionar-se, sobretudo, ao direito à vida. É por isso que se torna essencial repensar a efetividade dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, a fim de compatibilizar-se com o equilíbrio das contas públicas.

Levando-se em consideração a dificuldade em promover-se a concretização dos direitos fundamentais, notadamente aqueles sociais, surgiram teorias pensadas com o objetivo de promover a coexistência harmônica entre esses direitos e a escassez de recursos estatais aptos a realizá-los.

A teoria da reserva do possível se coaduna com esse entendimento, reforçando o argumento de que os custos inerentes à concretização dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde, constituem um limite que deve ser observado pelo Estado. Isso porque a reserva do possível determina que, para um direito ser exigido, devem ser observadas o contexto fático existente, pois representa uma condição da realidade que gera efeitos na aplicação dos direitos fundamentais.²⁸⁵

A noção inicial acerca da reserva do possível foi utilizada pela primeira vez como fundamento de importante decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão,²⁸⁶ segundo a qual o indivíduo apenas poderá requerer da sociedade e do

²⁸⁴ MIRANDA, Felipe Arady. **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Crise Econômico-Financeira**: o retrocesso social como garantia da efetividade dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 72.

²⁸⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 199- 200.

²⁸⁶ No caso analisado pela Corte Constitucional Alemã, candidatos de universidades públicas questionaram o ingresso de instituição de ensino, tendo em vista a limitação no número de vagas disponíveis. Com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, alegaram que houve prejuízo em decorrência da limitação do número de vagas, e que a liberdade de exercício da profissão está ligada ao acesso amplo ao ensino. Contudo, na decisão nº 33, o tribunal negou o pleito formulado, com base na denominada reserva do possível, vez que o pedido não era razoável em sede judicial ("corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites

Estado aquilo que possam proporcionar. Nesse sentido, segundo Sarlet, a teoria parte da seguinte premissa:

[...] 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 poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.²⁸⁷

Essa teoria se torna relevante ao presente estudo tendo em vista o fato de que os direitos sociais prestacionais são justiciáveis, significando que ao indivíduo é permitido requerer ao Estado o cumprimento de determinada previsão normativa. Todavia, ainda que seja caracterizado como uma pretensão subjetiva, o Poder Judiciário não poderá impor ao Estado o cumprimento de uma obrigação impossível, como a realização de um direito fundamental acima de sua capacidade financeira.

Nesse contexto, surgem três correntes na tentativa de analisar a dicotomia entre a reserva do possível e a efetivação dos direitos fundamentais: 1) todos os direitos fundamentais previstos em sede constitucional podem ser pleiteados através de tutela judicial imediata; 2) somente os direitos fundamentais de dimensão negativa estão sujeitos à apreciação pelo Poder Judiciário, enquanto os direitos positivos devem obedecer à reserva do possível; 3) existem direitos positivos mínimos que podem ser tutelados imediatamente, de modo que os demais direitos positivos limitam-se à reserva do possível.²⁸⁸

Cumprido ressaltar que, originariamente, a doutrina alemã tratava a teoria da reserva do possível como relacionada ao que é exigível e razoável exigir-se em face do Estado, a fim de evitar o número excessivo de ações judiciais. Havia, pois, uma preocupação com a razoabilidade e a proporcionalidade, representando um “limite à pretensão dos titulares de direitos fundamentais prestacionais na medida em que não lhes cabe requerer além daquilo que o Estado já prestou dentro de sua capacidade.”²⁸⁹

A releitura atual da reserva do possível, adotada no Brasil, considera não apenas critérios jurídicos de razoabilidade e proporcionalidade, mas inclui as

do razoável” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 263-265).

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 265.

²⁸⁸ BRITTO, Melina Carla de Souza. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais: a reserva do possível e os custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 56.

²⁸⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 223-224.

limitações orçamentárias do Poder Público em realizar os mandamentos constitucionais. Sob essa ótica, deve ser analisada a relação entre a disponibilidade de recursos financeiros e a possibilidade de realização dos direitos fundamentais.

Com base no que se expôs, a discussão que permeia as ações judiciais, pautadas pela teoria da reserva do possível, segundo a qual “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”,²⁹⁰ deveria ser precedida da análise da capacidade econômica ou financeira dos destinatários das demandas sociais prestadas pelos poderes públicos.

Para Barcellos, a expressão reserva do possível busca relacionar a limitação dos recursos econômicos disponíveis com as amplas necessidades a serem supridas à sociedade, de modo que, além das discussões jurídicas acerca da exigibilidade de determinados direitos em face do Estado, deve-se atentar para o seu limite de possibilidades materiais.²⁹¹ Tendo em vista esse princípio, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado, de modo que nenhum direito será considerado absoluto.²⁹²

Consoante voto proferido pelo Ministro relator Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento Fundamental – ADPF nº 45, o direito fundamental à saúde não pode ser considerado como absoluto, tendo em vista a limitação de recursos disponíveis para a tutela das políticas públicas a todos os cidadãos. Por outro lado, não se mostra cabível empregar a reserva do possível para obstaculizar a preservação de cláusulas mínimas de existência definidas na Constituição Federal.

Em suas razões, dispõe que a reserva do possível apenas se configura a partir do binômio que compreende, de um lado “(1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele

²⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Maria Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

²⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

²⁹² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

reclamadas”.²⁹³ Requer-se então a existência tanto de uma indisponibilidade econômica quanto jurídica. A presença desses dois elementos, cumulativamente, torna impossível a realização prática dos direitos sociais e econômicos pretendidos.

De modo semelhante, é possível inferir que, assim como os indivíduos possuem direitos fundamentais no ordenamento jurídico atual, também se conclui que todos, especialmente aqueles detentores de meios e capacidades adequados, possuem o dever de contribuir para a sua concretização. Assim, há não apenas um direito, mas, em contrapartida, um dever de que o indivíduo contribua para a sua realização prática, haja vista depender de dispêndio financeiro para a sua concretizá-lo.²⁹⁴

A eficácia dos direitos fundamentais sociais e prestações sociais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis a fim de promover sua efetiva materialização.²⁹⁵ É nesse aspecto que a reserva do possível relaciona-se com uma segunda teoria essencial para a análise da concretização dos direitos fundamentais: os custos dos direitos.

Conforme sintetiza Galdino, não existem direitos propriamente gratuitos, vez que mesmo os direitos considerados pela doutrina tradicional como individuais geram custos positivos, o que impõe ao ente estatal o dever de organizar a efetivação de determinadas garantias, observando-se o planejamento orçamentário.²⁹⁶ Haja vista que o Estado somente consegue atuar a partir de recursos econômico-financeiros e que é indispensável na concretização de garantias mínimas aos indivíduos, o autor conclui que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.²⁹⁷

A crítica feita pelo autor à concepção comum de que os direitos de liberdade são negativos e reclamam uma simples abstenção é corroborada pelo fato de que, mesmo em tais situações, torna-se imperiosa a criação de instituições e remédios

²⁹³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, julgado em 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2021.

²⁹⁴ OLIVEIRA, Antônio Cândido de. Estado de Direito sem Adjetivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, n. 7, 2010, p. 12-13.

²⁹⁵ KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 240.

²⁹⁶ GALDINO, Flavio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 336-339.

²⁹⁷ GALDINO, Flavio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

jurisdicionais aptos a tornar a pretensão efetiva. Disso se conclui que “os direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos.”²⁹⁸

O próprio reconhecimento de que todos os direitos possuem custos, demandando uma intervenção estatal, embora indireta, impede que se utilize ideologicamente a distinção entre direitos positivos e negativos. Muitas vezes, sob uma falsa premissa de que determinados direitos demandam apenas uma abstenção, os indivíduos acreditam que a suposta ausência de custos justifica o seu uso abusivo e irresponsável.²⁹⁹

Disso se abstrai que não haverá direitos sociais sem recursos financeiros suficientes para custeá-los, pois sua efetivação condiciona-se à existência de disponibilidades do Estado. Verifica-se, portanto, uma relação intrínseca entre a capacidade econômica do Poder Público e a realização de políticas públicas aptas a concretizar os direitos fundamentais.³⁰⁰

O direito à saúde segue essa sistemática, de modo que, não sendo absoluto, dependeria da demonstração inequívoca da existência de elementos comprobatórios da carência, hipossuficiência, legitimidade, adequação do tratamento, disponibilidade material de recursos e sua não destinação para outros fins.

O fato de o direito à saúde não ser absoluto não retira a sua fundamentalidade e eficácia imediata para a sua exigibilidade. A teoria da reserva do possível não pode ser utilizada, por si só, para criar obstáculos para a garantia desse direito fundamental sob o argumento de ausência de recursos, devendo ser analisado em conjunto com os demais elementos apresentados pelo indivíduo que requer determinada prestação de saúde.³⁰¹

Deve-se considerar, em consonância com o mínimo existencial e a reserva do possível, a disponibilidade de recursos, a necessidade e a imperatividade do Estado de prover de maneira voluntária, através de políticas públicas e prestação de serviços, ou compelido pelo Poder Judiciário, o mínimo de condições para a

²⁹⁸ GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 209.

²⁹⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 133-134.

³⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 89-90.

³⁰¹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 103.

existência digna do indivíduo.³⁰² Há, nesse sentido, o dever do administrador público no tocante a opções e escolhas das prioridades, conforme determinados critérios a serem estabelecidos.

Partindo-se do pressuposto de que os recursos disponíveis são inferiores ao necessário para a realização das prestações materiais, a escassez deve motivar o Estado a buscar uma maximização dos resultados e promover melhores escolhas públicas em relação aos direitos. É imperioso que a avaliação acerca de um direito fundamental também leve em consideração os seus custos, ou seja, que o direito seja economicamente considerado.³⁰³

Não se trata de visualizar os custos simplesmente como obstáculos à realização dos direitos fundamentais, mas sim como um dos elementos aptos a influenciar em sua efetivação. Assim, não apenas a escassez de recursos, mas sobretudo, reside nas escolhas alocativas realizadas pelo Poder Público um dos principais problemas relacionados à efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Calabresi e Bobbit, ao analisarem o aumento do número de processos judiciais em relação à concretização de políticas públicas e direitos fundamentais, asseveram que determinadas decisões proferidas pelos juízes podem caracterizar escolhas trágicas, partindo-se de uma análise dos efeitos que essa decisão provoca no contexto social, político e econômico. Diante da condição de juízes ocupada por ambos os autores, ressalva-se que essa análise é pautada essencialmente em decisões formuladas por magistrados, mas que, conforme será ressaltado, permeiam tanto a judicialização do direito à saúde, quanto a concessão de tratamentos médicos no âmbito administrativo.

Segundo essa concepção, existem algumas formas de escassez que tornam escolhas particularmente dolorosas como necessárias, e essas escolhas podem ser conceituadas como trágicas ou não. A escassez, em determinados casos, pode ser evitada para alguns bens fazendo-os disponíveis no mercado. Porém, isso não se aplica a todos os bens, de modo que, para alguns deles, a sociedade deverá definir métodos de alocação, o que pode ocasionar o benefício de determinadas camadas sociais em detrimento a outras. Isso pode gerar um conflito entre, de um lado, os valores em que a sociedade estabelece os beneficiários de determinadas

³⁰² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 83.

³⁰³ BRITTO, Melina Carla de Souza. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais: a reserva do possível e os custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

distribuições e os limites da escassez e, de outro lado, os valores morais que priorizam a vida e o bem-estar da população.

É nessa conjuntura que as escolhas trágicas se manifestam, ou seja, no momento em que a sociedade tenta realizar alocações de modo a preservar os fundamentos morais e sociais. Há casos em que é possível realizar uma escolha e, ao mesmo tempo, garantir os valores primordiais da sociedade, hipótese em que a escolha trágica é substituída por uma alocação que não gera contradições morais. Caso contrário, estar-se-á diante de uma escolha considerada trágica, ou seja, aquela que determina a alocação de recursos escassos a determinados destinatários e, ao mesmo tempo, gera um conflito com os valores socialmente relevantes.³⁰⁴

Aplicando-se este conceito ao tema estudado, conclui-se que, ao destinar determinados recursos para a implementação e execução de políticas públicas de saúde com gratuidade irrestrita, ocorre uma alocação de bens escassos a determinadas parcelas sociais em detrimento a outras. Um juiz, ao decidir pela concessão de determinado medicamento a um indivíduo enfermo, e o legislador, ao caracterizar a saúde como gratuita na Lei 8.080/90, realizam uma escolha trágica, pois os mesmos recursos poderiam ser destinados a investimentos em hospitais ou medidas básicas de saúde pública a quem efetivamente necessita.

As escolhas trágicas referem-se, sobretudo, à impossibilidade econômica de o Poder Público atender a todas as necessidades da sociedade. Diante desse cenário, as decisões alocativas de natureza trágica envolvem um processo de custos, tendo em vista que não existem direitos fundamentais nem políticas públicas sem custos para a sua efetivação.³⁰⁵

No mesmo sentido, Holmes e Sustain defendem que, apesar de a doutrina tradicional usualmente caracterizar os direitos como invioláveis, peremptórios e decisivos, nenhum direito cuja efetividade depende de um gasto econômico pode ser considerado como absoluto e ser protegido de forma unilateral pelo Poder Público, sem atentar para as consequências orçamentárias. Tendo em vista que os direitos pressupõem recursos escassos, estes demandam, conseqüentemente, escolhas

³⁰⁴ BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978, p. 18-20.

³⁰⁵ BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1978, p. 131-133.

financeiras para a sua concretização.³⁰⁶

Levar os direitos à sério significa, primordialmente, levar a própria escassez a sério. Contudo, cabe ressaltar que a escassez de recursos públicos no Estado é uma situação constante em todos os âmbitos de sua atuação, ainda que não vivencie propriamente uma crise econômica. Os recursos são escassos frente a necessidades ilimitadas, pois estes não são suficientes para atender a todas as demandas sociais. Ainda que haja uma grande arrecadação pública e uma situação econômica extremamente favorável, o Estado deverá adaptar-se à realidade marcada por restrições.³⁰⁷

Essa noção de escassez, especialmente no tocante aos direitos sociais prestacionais, deve ser considerada como moderada, pois normalmente há a possibilidade de supri-la de determinada forma, mesmo que isso implique em consequências para o Estado e a sociedade. Isso porque, tanto nos casos em que houvesse a total abundância de recursos ou sua ausência absoluta, de nada adiantaria a imposição de medidas para a distribuí-los entre a população.³⁰⁸

Ademais, a aplicação das teorias da reserva do possível, dos custos dos direitos e das escolhas trágicas também apresenta algumas restrições, em face da existência de princípios que devem ser garantidos no ordenamento jurídico.

Canotilho evidencia a existência do princípio da salvaguarda do núcleo essencial, segundo o qual “o núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias não pode, em caso algum, ser violado”.³⁰⁹ Nesse sentido, a Constituição está apta a permitir reduções e restrições específicas aos direitos fundamentais, desde que não esvazie por completo a sua essência intangível.³¹⁰

³⁰⁶ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

³⁰⁷ MIRANDA, Felipe Arady. **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Crise Econômico-Financeira**: o retrocesso social como garantia da efetividade dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69.

³⁰⁸ CUENCA, Encarnación Carmona. Los Derechos Sociales de Prestación son Derechos Fundamentales? **Estudios sobre la Constitución Española**: homenaje al professor Jordi Solé Tura. V. 2, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universitat de Barcelona, 2008, p. 1110.

³⁰⁹ CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 458

³¹⁰ As constituições da Alemanha, Portugal e Espanha possuem previsões que determinam a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. A Lei Fundamental de Bonn assim prescreve, em seu artigo 19.2, “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência”. A Constituição Portuguesa estabelece, no art. 18.3, que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de se revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Por fim, a Constituição da Espanha prevê, no seu artigo 53.1, que “os direitos e

De modo semelhante, o princípio implícito do mínimo existencial relaciona-se à existência de um conjunto de bens indispensáveis para a efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.³¹¹ Há prestações materiais mínimas a serem garantidas a todos os cidadãos, como renda, saúde, moradia e educação, conforme preceituado pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.³¹²

O princípio da proibição do retrocesso social, previsto expressamente no artigo 26 do Pacto de San José da Costa Rica³¹³ também propõe uma proteção de direitos fundamentais diante de medidas tomadas pelo Poder Público que possam ocasionar a supressão ou restrição de direitos fundamentais.³¹⁴ Esse princípio decorre, em especial, dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, da dignidade humana, da máxima efetividade das normas constitucionais e da segurança jurídica

Segundo Sarlet, os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial decorrem diretamente do princípio da proibição do retrocesso social, pois sustentam a garantia de um *standard* mínimo de vida digna aos indivíduos.³¹⁵

De outro modo, não se pode defender uma posição rígida e inflexível dos princípios apontados, o que os tornaria insustentáveis no contexto hodierno. Isso porque a proibição do retrocesso social baseava-se em um progresso unilateralmente definido, uma concepção determinista da história e um aumento contínuo de prestações sociais.³¹⁶ A norma constitucional deve ser interpretada em

liberdades reconhecidos no Capítulo II do presente Título vinculam todos os poderes públicos. Somente por lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”.

³¹¹ GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 34.

³¹² Dispõe o artigo 11.1 do referido pacto que: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.”

³¹³ “Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

³¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 121 (p. 116-149).

³¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 322-323.

³¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 244-245.

conformidade com as possibilidades fáticas e jurídicas do momento histórico no qual está inserida.

Assim, torna-se necessário que os pleitos relacionados à concretização de direitos fundamentais e à realização de políticas públicas seja contextualizado em conjunto com a análise dos recursos disponíveis por parte do Estado, sem que, com isso, inviabilize-se toda e quaisquer pretensão individual ou coletiva. Quando o Poder Público utiliza como argumento a falta de recursos, a fim de escusar-se da realização de uma prestação, deve comprová-lo especificamente, de modo similar a uma inversão do ônus da prova em face do Estado.³¹⁷

Com destaque especial para o acesso à saúde, Aaron e Shwartz evidenciam que a questão da escassez e da insuficiência de recursos se coloca de forma mais relevante, tendo em vista a ideia comum na sociedade de ser imoral ou repugnante pensar nos custos envolvendo esse direito. Porém, pensar dessa forma tornou-se insustentável, de modo que os recursos destinados à saúde pública devem ser alocados conforme um contexto de escassez e incerteza.³¹⁸ As decisões tomadas nesse âmbito devem analisar quanto disponibilizar aos indivíduos, a quem atender em um sistema público e as condutas dos potenciais beneficiados, ou seja, utilizar métodos alocativos diante da escassez de recursos.³¹⁹

Em face de demandas sociais apresentadas ao Poder Judiciário, é comum que, nas decisões proferidas, se encontre a ideia de que o direito à saúde consiste em um bem indisponível. Todavia, essa indisponibilidade “fecha os olhos e ouvidos a qualquer argumento limitador do direito à saúde”. Nesse contexto, utiliza-se uma racionalidade jurídica favorável ao fornecimento de tratamentos médicos independentemente de seus custos. O julgamento é ideológico, e não jurídico, pois há apenas a aplicação prévia de uma sanção com a condenação do ente ao pagamento de qualquer medicamento.³²⁰

Ao impor ao Estado a concessão de tratamentos médicos ou medicamentos a um indivíduo com condições suficientes para custeá-los, são deslocados recursos públicos que, de outro modo, poderiam ser destinados à coletividade efetivamente

³¹⁷ SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: Volume I, Reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 336-337.

³¹⁸ AARON, Henry Jacob; SCHWARTZ, William Benjamin. **The Painful Prescription**: rationing hospital care. Wahsington: The Brookings Institution, 1985, p. 81.

³¹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172-173.

³²⁰ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**. São Paulo: Almedina, 2020, p. 43.

hipossuficiente e que necessita obter os mesmos tratamentos de forma gratuita.

A atuação do Poder Público em questões envolvendo a concessão de tratamentos médicos a indivíduos economicamente capazes de obtê-los por conta própria mostra-se perigoso, ao trazer constantes inseguranças para a fruição coletiva do direito à saúde. É neste contexto que a pesquisa se propõe a aprofundar o estudo da possibilidade de adotar o princípio da subsidiariedade como fundamento do sistema de saúde brasileiro, a fim de concretizá-lo de forma digna a todos os cidadãos.

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

3.1 A CRISE NO SISTEMA DE SAÚDE NO BRASIL E SUAS IMPLICAÇÕES

Conforme o exposto, o princípio da subsidiariedade revela-se como um importante fundamento para compreender o conteúdo e abrangência do artigo 196 da Constituição Federal. Serão demonstrados a seguir algumas informações e dados colhidos a partir de pesquisas realizadas no intuito de contextualizar a crise que aflige o sistema de saúde, além de propostas para solucionar as suas carências. Isso se torna necessário tendo em vista que, embora as normas acerca do tema sejam válidas e eficazes³²¹ no ordenamento jurídico brasileiro, há mecanismos insuficientes para a sua real aplicação, ou seja, para conferir a efetividade ao direito fundamental à saúde.

A efetividade dos preceitos previstos na Constituição brasileira refere-se, nesse sentido, à concretização dos direitos e garantias assegurados e a plena utilização dos interesses e bens jurídicos tutelados, por meio de mecanismos que realizem, na prática, as normas constitucionais.³²² Sendo distinta da eficácia jurídica, entendida como o cumprimento do Direito por parte de uma sociedade e a produção de efeitos jurídicos,³²³ a efetividade é considerada como a eficácia social da norma, isto é, “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”.³²⁴

³²¹ Acerca dos requisitos de uma norma jurídica, cabe ressaltar que terá existência quando preencher os elementos constitutivos definidos em lei como causa suficiente para a sua incidência. Terá validade quando a norma preencher os atributos ou requisitos conferidos pela lei para que alcance a perfeição. A eficácia da norma consiste na aptidão para a produção de efeitos e irradiação de consequências no mundo jurídico (BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 64-65). Ressalta-se ainda que a aplicabilidade e a eficácia das normas jurídicas são duas facetas de uma mesma moeda, visto que uma norma somente será eficaz por ser aplicável, de modo que a eficácia engloba a aplicabilidade de uma norma (SCHÄEFER, Jairo. **Direitos Fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 57).

³²² BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 95.

³²³ BARRSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82.

³²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 11-12.

A efetividade do direito parte da premissa de que as normas jurídicas, em especial as normas previstas em âmbito constitucional, devem, sobretudo, ser realizadas no contexto fático, não sendo meros preceitos ideológicos ou programáticos. Contudo, em relação ao direito fundamental à saúde, a efetividade das normas previstas, muitas vezes, não é verificada na prática, tendo em vista a falta de recursos e de instrumentos adequados para a sua concretização a quem efetivamente necessita, a exemplo de medicamentos, procedimentos ou tratamentos médicos.

Ao tratar da questão da efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil, torna-se necessário estabelecer um panorama, de caráter estatístico, sobre o atual nível de concretização desse direito à população, a fim de compreender as insuficiências e a atual crise do sistema de saúde no país.

Sendo a saúde considerada como um direito fundamental e um dever do Estado em promover suas ações e serviços de modo universal, como se asseverou, o artigo 198³²⁵ da Constituição Federal determina a criação de um Sistema Único de Saúde - SUS, a fim de executar, fiscalizar e organizar as ações envolvendo a saúde pública. O modelo instituído destacou a dimensão objetiva do direito à saúde, bem como sua função protetiva na sociedade, caracterizando-se como uma garantia institucional fundamental.³²⁶

No âmbito infraconstitucional, como se inferiu, a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 43³²⁷, garantiu a gratuidade dos serviços de saúde, buscando isentar a população brasileira de quaisquer formas de pagamento para usufruir de tais serviços, ainda que, na prática, a gratuidade ampla e irrestrita constitua uma barreira para a efetivação desse direito em níveis adequados a todos os indivíduos.³²⁸ Denota-se que a previsão acerca da gratuidade do direito fundamental à saúde não

³²⁵ Nesse sentido, o artigo 198 da Constituição Federal prevê que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

³²⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 67, jul./set. 2008, p. 137-139.

³²⁷ O artigo 43 da Lei nº 8.080/90 estabelece que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

³²⁸ MERCANTE, Otávio Azevedo (coord.). *Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde no Brasil*. In: FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002, p. 248-250. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

encontra previsão expressa no texto constitucional, de modo que houve um alargamento do sentido conferido à norma pelo texto legal.

Entretanto, apesar da previsão expressa acerca de um sistema universal, igualitário, gratuito e que busca conferir a adequada concretização da saúde a toda a população brasileira, no contexto atual, visualiza-se, em situações cotidianas, o modo como a saúde pública é ainda ineficaz e carece de efetividade a quem necessita de tais serviços. A carência de atendimentos médicos em hospitais públicos, de medicamentos e instrumentos hospitalares capazes de promover serviços de saúde pública com qualidade demonstram a necessidade de uma alteração no sistema proposto, a fim de atender efetivamente aos preceitos constitucionais.

Visando à contextualização da atual crise na prestação de serviços de saúde, estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstraram que, em 2013, os gastos públicos nesse setor corresponderam a apenas 3,6% do Produto Interno Bruto (PIB), percentual que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é considerado muito baixo para um país com um sistema de cobertura universal.³²⁹ Enquanto isso, países europeus com sistemas universais investiram, em média, 8,3% do PIB em ações para a promoção de saúde.³³⁰

Ainda acerca dos investimentos realizados pelo Estado brasileiro na saúde, destaca-se o baixo crescimento da porcentagem de investimento nessa área desde a promulgação da Constituição Federal. Em 1989, já se apontava o problema de que, apesar de ser um setor de sua responsabilidade, não havia destaque para a saúde no conjunto de intervenções e atividades governamentais. Na época, o Brasil investia cerca de 4% de seu PIB, contra uma média de 13% verificada nos demais países da América Latina.³³¹

Demonstrando a situação alarmante em que se encontram os serviços de

³²⁹ OMS. Organização Mundial da Saúde. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³³⁰ MENDES, Áquilas. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 4, 2013, p. 987.

³³¹ AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo social Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989, p. 116.

saúde, levantamento do Conselho Federal de Medicina (CFM) avaliou que, em 2013, o valor investido pelos governos federal, estaduais e municipais totalizaram apenas a quantia de R\$3,05 ao dia para cada brasileiro, ou seja, um gasto anual de R\$1.098,75 *per capita*. Levando-se em consideração o total de duzentos milhões de brasileiros usuários do SUS, tal investimento encontra-se muito aquém dos padrões necessários para a garantia da saúde da população. Em comparação, outros países que possuem sistemas universais de saúde, investiram valores muito superiores, a exemplo do Reino Unido (com média de US\$3.598 anuais para cada habitante), Alemanha (com média de US\$5.006) e Espanha (US\$2.581).³³²

Ademais, insta ressaltar que, em 2014, apenas 6,8% do orçamento público brasileiro foi destinado especificamente à promoção da saúde, somando-se as despesas efetuadas pela União, estados e municípios. O percentual brasileiro investido é o terceiro pior entre os trinta e cinco países que compõem o continente americano, estando muito abaixo da média mundial, de 11,7%.³³³

Pesquisas realizadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), publicadas no início de 2018, demonstram que, no ano de 2015, o governo brasileiro destinou à saúde pública o percentual de 7,7% de seu orçamento. Segundo o estudo, apenas cinco países no continente americano têm um percentual de gastos governamentais inferiores aos do Brasil, como Haiti e Venezuela. Países como Alemanha, Estados Unidos e Uruguai gastam um percentual cerca de três vezes superior ao do Brasil. Em média, apontou-se que, no mundo, os investimentos atingem 9,9% de seus orçamentos em saúde pública.³³⁴

Do mesmo modo, o estudo Demografia Médica, realizado pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), concluiu que é cerca de três vezes

³³² CFM. Conselho Federal de Medicina. **Governo gasta R\$3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro.** Levantamento do CFM avalia gasto per capita em saúde pública; indicadores mostram que valores aplicados pelos municípios sofreram queda de mais de R\$ 10 bilhões. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³³³ CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas.** 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³³⁴ Ressalta-se que a pesquisa realizada pela OMS utilizou como base para os cálculos o orçamento de 2015, o último ano em que foi possível realizar uma comparação global (CHADE, Jamil. **Porcentual de orçamento para a saúde no Brasil é próximo ao do africano:** gastos do governo na área estão abaixo da média mundial e famílias brasileiras, entre as que mais precisam pagar por atendimento. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,porcentual-de-orcamento-para-a-saude-no-brasil-e-proximo-ao-do-africano,70002312554>> Acesso em: 27. abr. 2021).

mais fácil encontrar um médico no setor privado que no sistema público de saúde brasileiro. Isso se justifica, segundo os dados apresentados, pelo fato de que 21,6% dos médicos trabalham apenas no setor público, enquanto 26,9% estão exclusivamente no setor privado, havendo ainda 51,5% de médicos que atuam em ambas as esferas. Apesar dos percentuais aparentemente semelhantes, em junho de 2015, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) constatou que havia 50.516.992 habitantes que utilizavam planos de saúde, enquanto os demais 150.515.722 habitantes recorrem exclusivamente ao SUS. Isso demonstra a desigualdade de médicos e tratamentos de saúde adequados para os usuários do SUS.³³⁵

Em relação ao perfil dos usuários do SUS, conforme dados obtidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), entre 1998 e 2008, a procura pelos serviços de saúde pública foi predominante entre as pessoas até o sétimo decil³³⁶. Entre o decil mais pobre, o SUS cobre 88% dos atendimentos e, entre o sétimo decil, a cobertura dos atendimentos foi de 56%. Ademais, observou-se um aumento da proporção do financiamento dos serviços de saúde pelo SUS entre o decil mais rico, que passou de 13% para 17%, atualmente.³³⁷

Da análise de estatísticas concretas, visualiza-se uma verdadeira crise no sistema de acesso da população brasileira aos serviços públicos de saúde, uma vez que é comum aos indivíduos que realmente necessitam da tutela estatal só conseguirem alcançá-la mediante a prestação jurisdicional, em face da ausência de recursos para a promoção de tratamentos médicos de qualidade. Ressalta-se, ainda, a problemática amplamente discutida acerca da judicialização da saúde, de modo que, diante da inércia do Poder Público em promover serviços de saúde eficazes, o indivíduo vê-se obrigado a recorrer ao Poder Judiciário.

Feitas estas observações de natureza estatística, acerca da crise que se

³³⁵ FMUSP. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. **Demografia Médica no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://www.usp.br/agen/wp-content/uploads/DemografiaMedica30nov2015.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2021.

³³⁶ A fim de compreender adequadamente os resultados dessa pesquisa, cabe ressaltar que o termo “decil” é utilizado como uma medida para a análise de dados estatísticos. Na análise das informações coletadas, os dados são divididos em décimas partes, isto é, partes correspondentes a 10%. Conforme os dados coletados na pesquisa do PNAD, o primeiro decil corresponde ao corte para os 10% da população com a menor renda entre o total dos entrevistados. O sétimo decil corresponde a 70% dos dados obtidos, ou seja, os 70% da população com a menor renda.

³³⁷ MOREIRA, Rodrigo da Silva; PORTO, Sílvia Marta; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Uma análise da utilização de serviços de saúde por sistema de financiamento: Brasil 1998-2008**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 jan. 2021.

abateu sobre o sistema de saúde brasileiro, a seguir, serão citados alguns modelos adotados por outros países, com o objetivo de serem analisadas alternativas para conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde e, assim, repensar o sistema adotado pelo Brasil.

Um dos sistemas latino-americanos que mais obteve êxito em questão de promoção de saúde pública é aquele previsto no Chile. Na constituição chilena, a saúde é inserida como direito fundamental, sendo preferencialmente do Estado o dever de garantir a execução de ações de saúde à coletividade. Conforme o artigo 19, 9º, da Constituição deste país,³³⁸ o cidadão chileno deve escolher o sistema ao qual deseja unir-se: 1) estatal, denominado como Fondo Nacional de Salud (FONASA); 2) privado, constituído através das Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE). O dever de promover e executar políticas públicas de saúde é preferencialmente do Estado, mas, se o indivíduo deseja ser acolhido pelo sistema privado, não será mais um dever estatal prestar assistência de saúde, sendo o referido modelo caracterizado, segundo classificação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³³⁹, como um sistema substitutivo de saúde.³⁴⁰

³³⁸ Conforme prevê o artigo 19, 9º da Constituição do Chile, “Artigo 19. A Constituição assegura a todas as pessoas: (...) 9º O direito à proteção da saúde. O Estado protege o livre e igualitário acesso às ações de promoção, proteção e recuperação da saúde e de reabilitação do indivíduo. Corresponder-lhe-á, assim, a coordenação e controle das ações relacionadas à saúde. É dever preferencial do Estado garantir a execução das ações de saúde, seja que se prestem por meio de instituições públicas ou privadas, na forma e condições que determine a lei, a qual poderá estabelecer cotizações obrigatórias. Cada pessoa terá o direito a eleger o sistema de saúde que deseja receber, seja este estatal ou privado” (CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021, tradução nossa).

³³⁹ A Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) realiza divisões nos sistemas de saúde adotados pelo mundo de acordo com determinados critérios. Cabe, nesse ponto, ressaltar a diferenciação entre quatro espécies de sistemas de saúde: 1) Suplementar, no qual o seguro privado promove a cobertura de serviços que já estão incluídos pelo sistema público universal, sendo também denominado de sistema de cobertura duplicada. Isso não impede que, em alguns casos, o plano de saúde privado ofereça alguns elementos adicionais ou com qualidade superior. É adotado por países como Reino Unido, Portugal, Espanha, Itália e Brasil; 2) Substitutivo, no qual o indivíduo deve optar se utilizará o sistema público ou o seguro privado, que atua como substitutivo, sendo adotado por países como Chile, Alemanha, Holanda e Bélgica; 3) Complementar, quando as pessoas adquirem o seguro privado para complementar o acesso a serviços não abarcados pelo modelo público ou apenas parcialmente abarcados. É o sistema adotado, por exemplo, na França; 4) Primário, quando o seguro privado atua como sistema principal, ou seja, é o elemento preponderante do acesso à saúde, como ocorre nos Estados Unidos (OCDE. **Proposal for a taxonomy of health insurance**. 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/health-systems/31916207.pdf>> Acesso em: 1. jun. 2021).

³⁴⁰ BUSSINGUIER, Elda Coelho de Azevedo; SOUZA, Sâmela Cristina de. Uma análise comparada entre os sistemas de saúde brasileiro e chileno a luz do princípio bioético da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 99, jan./fev. 2017, p. 6-7.

Quanto às formas de financiamento, a Lei nº 18.469/85 vigente no país, estabelece que todos os trabalhadores, tanto aqueles optantes pelo sistema estatal quanto privado, devem contribuir mensalmente com uma taxa de aproximadamente 7% do seu salário mensal, bem como contribuições específicas conforme cada procedimento realizado.³⁴¹ As contribuições adicionais referentes aos procedimentos, no sistema privado, varia conforme as disposições do plano contratado, mas, no caso do sistema estatal, variam conforme a renda mensal obtida. Desse modo, aqueles reconhecidamente hipossuficientes podem ser isentos de pagar as contribuições adicionais, sendo atendidos de forma gratuita.³⁴²

Nesse modelo, em que pese a necessidade de optar-se pela saúde fornecida de forma pública ou privada, a Constituição consagra o dever de que o Estado assegure a todos os cidadãos o acesso livre e igualitário a todos os programas de saúde. As taxas, denominadas como “cotizaciones”, devem ser pagas como forma de contribuir para a prestação dos serviços, o que pode variar de acordo com a situação econômica ou financeira dos filiados em cada sistema.

Considerado como o melhor sistema de saúde do mundo pela Organização Mundial da Saúde (OMS)³⁴³, tendo em vista a qualidade dos serviços oferecidos, passa-se à análise do modelo adotado pela França. Com patamar superior em relação a muitos países, o país investiu 11,5% do PIB no sistema de saúde em 2016, conforme dados da OCDE.³⁴⁴

A França possui um sistema universal de saúde, financiado majoritariamente pelo Estado através de um seguro nacional de saúde, denominado “Sécurité Sociale” destinado a amparar os cidadãos nos seguintes pilares: doença,

³⁴¹ De acordo com o artigo 7º da Lei nº 18.469/85, “os filiados deverão efetuar ao Fundo Nacional de Saúde as cotizações destinadas a financiar as prestações de saúde que se estabelecem nos decretos-lei nºs 3.500 e 3.501, de 1980, ou nas respectivas leis orgânicas das entidades provisionais a que pertencem”.

³⁴² MANUEL, Annick; MONTEKIO, Víctor Becerril. Sistema de salud de Chile. Salud Pública de México, v. 53, n. 2, 2011, p. 136-137.

³⁴³ Segundo avaliação realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2000, dentre os 191 países analisados, a França ocupou o primeiro lugar no indicador de qualidade dos sistemas de saúde. Dentre os sistemas mais eficientes, encontram-se também Itália, Espanha, Áustria e Japão. Nessa lista, o Brasil ocupou a 125º lugar (OMS. **World Health Organization Assesses the World's Health Systems**. 2000. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2000/media_centre/press_release/en/> Acesso em: 2 jun. 2021). Já em 2017, conforme informações levantadas pela Euro Health Consumer Index, organização destinada a avaliar os sistemas de saúde europeus, a França ocupa o 10º lugar (EHCI. **Euro Health Consumer Index 2017 Report**. 2018. Disponível em: <<https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2017/EHCI-2017-report.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021).

³⁴⁴ OCDE. **Health Expenditure and Financing**. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA>> Acesso em: 2 jun. 2021.

acidente, família e velhice. Embora todos os indivíduos tenham acesso a hospitais, tratamentos médicos e medicamentos, isso não significa que esses serviços sejam gratuitos. Mensalmente, uma parcela do salário dos trabalhadores franceses é descontada de sua folha de pagamento, com o objetivo de financiar a efetivação da saúde pública, bem como todos os trabalhadores são obrigados a filiar-se ao *Securité Sociale*.³⁴⁵

O seguro público é obrigatório, financiado por empregados e entidades patronais mediante o pagamento de contribuições e impostos e abrange a grande maioria da população. Já o seguro privado é de tipo complementar e voluntário. Por não ser totalmente financiado por recursos estatais, estima-se que, em 2010, 77% dos gastos com saúde foram arcados por recursos públicos, 7% referem-se a gastos particulares e 14% correspondentes aos seguros privados.³⁴⁶

No sistema francês, utiliza-se um elemento de solidariedade, segundo o qual a cobertura é estabelecida conforme as condições do residente. As taxas de cobertura pagas pelos indivíduos variam conforme os bens e serviços, podendo ser em parte reembolsadas pelo governo. Entretanto, existem condições em que os pacientes são isentos das referidas taxas, como no caso de doenças crônicas, gravidez e classes econômicas mais baixas.³⁴⁷ Há ainda a possibilidade de contratação de um plano de saúde privado, a fim de cobrir as despesas particulares não contempladas pelo Estado, tendo uma função complementar.

Outro sistema de saúde que obteve grande destaque em relação a sua efetividade é aquele adotado pelo Reino Unido. Segundo pesquisa realizada pela instituição americana *Commonwealth Fund*³⁴⁸, em 2017, comparado aos demais

³⁴⁵ BRIGHAM, Karen Berg; CHEVREUL, Karine; QUEVEDO, Cristina Hernández; ZALESKI, Isabelle Durand. France: health system review. **Health Systems in Transition**, Copenhagen, v. 17, n. 3, 2015. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez_France%20health%20system%20review_Author_2016.pdf> Acesso em: 2 jun. 2021, p. 22-23.

³⁴⁶ BIDGOOD, Alliot; CLARKE, Emily. **Healthcare Systems: France**. Based on the 2001 Civitas Report by David Green and Benedict Irvine. Disponível em: <<http://www.civitas.org.uk/content/files/france.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

³⁴⁷ HEALTHY'N PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país**: França. 2013. Disponível em: <http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_França.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021, p. 7-8.

³⁴⁸ O *Commonwealth Fund* é uma fundação americana privada com o propósito de desenvolver pesquisas avançadas em cuidados e sistema de saúde que alcançam maior sucesso, promovendo qualidade e eficiência, especialmente à parcela da sociedade mais vulnerável, como pessoas com poucos recursos financeiros, crianças, idosos e as minorias dos Estados Unidos. Para maiores informações, ver: <<https://www.commonwealthfund.org/about-us>> Acesso em: 3 jun. 2021.

países analisados, o Reino Unido obteve a primeira colocação em relação ao desempenho na promoção de saúde pública.³⁴⁹

O *National Health Service* (NHS), criado em 1948, garante o acesso universal a toda a população, baseado nos princípios de equidade e integralidade, através de uma estrutura pública e descentralizada aos quatro países componentes (Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte).³⁵⁰ Conforme o *NHS Constitution*, instrumento legal que regulamenta os parâmetros, princípios e direitos do sistema de saúde adotado pelo país, a cobertura para tratamentos médicos será gratuita, salvo exceções previstas pelo parlamento.³⁵¹

Constata-se, na organização e financiamento do NHS, uma forte presença do Estado como regulador, prestador e financiador dos serviços de saúde. Os recursos são majoritariamente públicos, existindo pouco o copagamento pelos serviços cobertos por esse sistema, como no caso de determinados medicamentos prescritos por médicos e serviços odontológicos³⁵². Há ainda a possibilidade de contratação de planos de saúde privados, opção adotada por cerca de 12% da população britânica.³⁵³

O *National Health Service* tornou-se mundialmente conhecido e influenciou a criação dos demais modelos de prestação de saúde pública devido a cinco aspectos principais: 1) a responsabilidade do Estado pela saúde dos cidadãos, de forma gratuita; 2) o princípio da abrangência, atribuindo ao Ministério da Saúde a promoção de serviços de saúde nos âmbitos físico e mental, preventivos e curativos; 3) o princípio da universalidade, de modo que o Poder Público responsabiliza-se por assegurar a saúde a toda a população; 4) o princípio da igualdade, devendo ser garantido um padrão de qualidade dos serviços a todos os cidadãos; 5) o princípio da autonomia profissional, visando à utilização de modernas

³⁴⁹ COMMONWEALTH FUND. **Mirror, Mirror 2017: international comparison reflects flaws and opportunities for better U.S. health care.** nidos. 2017. Disponível em: <<https://interactives.commonwealthfund.org/2017/july/mirror-mirror/>> Acesso em: 3 jun. 2021.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Reforma(s) e Estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS.** Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v16n1/02.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

³⁵¹ INGLATERRA. **The NHS Constitution for England.** Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-nhs-constitution-for-england/the-nhs-constitution-for-england>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

³⁵² OCED. **Health at a Glance: OCED indicators 2003.** Paris. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/worldforum/33703777.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

³⁵³ HEALTHY`N PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país: Reino Unido.** 2013. Disponível em: <http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_Reino_Unido.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021, p. 7

tecnologias em benefício da população.³⁵⁴

Entretanto, haja vista os altos gastos decorrentes da promoção de um sistema de saúde universal e gratuito, que sofreu ainda maiores impactos com a crise financeira de 2008, tornou-se necessário promover cortes e redução de gastos no sistema de saúde britânico. Nesse contexto, a dimensão de universalidade, tanto em relação à cobertura populacional quanto à abrangência dos serviços oferecidos gratuitamente, passou a ser repensada no país, especialmente com a edição do *Health and Social Care Act*³⁵⁵ em 2012, o qual estabeleceu uma política de cortes no NHS e acentuou a tendência de privatização dos serviços.³⁵⁶

Ademais, conforme já aprofundado anteriormente, os Estados Unidos apresentam um sistema controverso de promoção de saúde pública, uma vez que não há um modelo uniforme e de cobertura universal a todos os cidadãos, baseando-se em um modelo essencialmente privado. Fora do âmbito de dois programas oferecidos pelo governo federal, o *Medicare* e o *Medicaid*, destinados à população de extrema vulnerabilidade, resta à maioria da população a obrigação de contratar um seguro particular.

De acordo com os dados específicos envolvendo a atual situação da saúde pública no Brasil, demonstra-se que, embora a Constituição Federal estabeleça a saúde como um direito fundamental, na realidade social da maioria dos brasileiros, esse direito não possui ampla efetividade. Nesse sentido, a partir da exposição de dados concretos que demonstram a existência de um problema envolvendo a efetividade do direito fundamental à saúde e da explicação acerca dos modelos de saúde pública adotados em outros países, faz-se necessário, em seguida, avaliar uma das consequências latentes da ineficácia desse direito fundamental: a judicialização da saúde.

³⁵⁴ SIMÕES, Jorge. **Retrato Político da Saúde**: dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. São Paulo: Almedina, 2005, p. 32-33.

³⁵⁵ INGLATERRA. **Health and Social Care Act**. 2012. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted>>. Acesso em: 4 jul. 2018.

³⁵⁶ GIOVANELLA, Lígia; STEGMÜLLER, Klaus. Crise financeira europeia e sistemas de saúde: universalidade ameaçada? Tendências das reformas de saúde na Alemanha, Reino Unido e Espanha. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, nov. 2014, p. 15. Disponível em: <<http://apsredes.org/wp-content/uploads/2015/10/TEXTO-REFORMAS-EUROPEIAS.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2018.

3.2 OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Ao realizar um estudo acerca da efetivação do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, um dos fenômenos extremamente discutidos no contexto atual refere-se à sua judicialização. Na concretização de políticas públicas de saúde, o Estado atua especialmente mediante prestações positivas capazes de gerar dispêndio de recursos financeiros, de modo a conceder tratamentos médicos de forma gratuita aos seus destinatários.

A prestação de serviços públicos pelos entes estatais vincula-se à existência de dotação orçamentária, significando que o gestor público deve observar os limites financeiros constantes no orçamento público, em atendimento ao princípio constitucional da legalidade.

No entanto, o Poder Judiciário é frequentemente instado a garantir a fruição do direito fundamental à saúde, impondo ao Poder Executivo a obrigação de financiar demandas individualizadas, como a requisição de medicamentos e tratamentos médicos. Por conseguinte, a decisão judicial favorável ao destinatário de tal direito possui o condão de conduzir a um desequilíbrio das contas públicas e a um tratamento diferenciado em relação a alguns indivíduos, em detrimento da coletividade.

Esse protagonismo exercido na esfera judicial, mediante decisões voltadas a atender interesses de particulares, gerou o fenômeno conhecido pela doutrina como “ativismo judicial”, que suscita diversas críticas pelo fato de não levar em consideração os recursos públicos disponíveis. Em contrapartida, há o potencial risco ao ordenamento jurídico constitucional de que essas demandas individualizadas impeçam a consecução de políticas públicas de saúde voltadas a toda a sociedade, o que será analisado em seguida.

A fim de compreender a relação entre o Ativismo Judicial e a efetivação do direito fundamental à saúde, torna-se essencial tecer algumas reflexões introdutórias sobre esta temática. Ao longo da história, diversas teorias surgiram quanto à forma de melhor distribuir as funções e atribuições tipicamente exercidas pelo Estado, sendo adotada no Brasil a teoria da separação dos poderes, como um modo de efetivamente promover uma distribuição das funções exercidas entre os diferentes órgãos estatais.

Embora a discussão sobre a divisão das atribuições públicas entre órgãos

distintos já esteja descrita em contornos iniciais na obra de Aristóteles³⁵⁷, é sobretudo com a ascensão do Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, que surgem pensamentos aptos a favorecer a construção de um Estado Constitucional. Passa-se a defender um modelo de separação dos poderes de forma similar ao instituído hodiernamente, buscando coibir o exercício do poder de forma ilimitada, arbitrária e abusiva.³⁵⁸

Todavia, à época, o Direito estava atrelado meramente a uma concepção de legalidade formal, sendo a atuação dos juízes restrita à análise dos fatos conforme o texto legal. O juiz apenas servia como um fortalecedor do Estado Liberal mínimo, consagrando as liberdades negativas individuais e aplicando as normas editadas pelo Poder Legislativo, na condição de “boca da lei”.³⁵⁹

Com base no positivismo exegético do século XIX, o extremo rigor interpretativo fazia com que o juiz fosse submetido à vontade do legislador, devendo analisar estritamente os fatos, dotados de natureza científica. Assim, considerava-se que apenas as leis e códigos formavam a ciência jurídica, de modo que afastar tais documentos normativos de uma decisão judicial significava olvidar o próprio Direito.³⁶⁰

No regime jurídico-político atual, a Constituição Federal de 1988, amplamente influenciada pelo advento do Estado Social, impôs a necessidade de uma atuação estatal pautada pela concretização da igualdade material. A separação dos poderes é assegurada pelo texto constitucional, em que o Legislativo, Executivo e Judiciário são poderes independentes e harmônicos entre si, um preceito considerado, inclusive, como cláusula pétrea.³⁶¹

Em que pese a utilização da expressão “separação dos poderes” para designar a divisão das funções exercidas pelo ente estatal, enfatiza-se que o poder

³⁵⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009, p. 147-148.

³⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 167 a 172.

³⁵⁹ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. São Paulo: D’Plácido, 2020.

³⁶⁰ DIETRICH, Pablo; GONÇALVES, Sandra Krieger; PASOLD, Cesar Luiz. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, 3º quadrimestre de 2014, p. 1941.

³⁶¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Art. 60 “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes;”

do Estado é uno e indivisível. Ocorre apenas uma divisão de atribuições entre os órgãos legislativo, judiciário e executivo, os quais possuem suas funções definidas em âmbito legal e constitucional.³⁶²

Cada poder possui um limite de atuação previsto na Constituição Federal, o que coibiria a interferência em competências alheias para alcançar objetivos inerentes a outra esfera estatal. Buscou-se conter, por exemplo, a função dos juízes como criadores do Direito, impondo-se uma autocontenção ao magistrado, que deveria, em tese, estar estritamente vinculado ao respeito às leis vigentes no ordenamento jurídico.

Apesar das tentativas de reduzir o grau de interferência entre as atribuições dos órgãos estatais, são crescentes, no contexto social e econômico brasileiro, as demandas existentes perante o Poder Judiciário para que se confira maior concretização aos direitos alegados pelos indivíduos que pleiteiam a análise de casos concretos. Especialmente após a Constituição de 1988, que estabeleceu diversos direitos e garantias fundamentais à sociedade, tornaram-se comuns os casos em que tais previsões constitucionais são desrespeitadas nas relações sociais, cabendo ao Poder Judiciário a relevante função de buscar uma solução adequada para esses conflitos.³⁶³

Enquanto se verificava, até a insurgência da Segunda Guerra Mundial, um modelo de Estado legislativo de Direito, no qual a Constituição era considerada como mero documento político e à lei era atribuído um papel de centralidade, hodiernamente vigora o denominado Estado Constitucional de Direito. Neste contexto, a Constituição passa a consistir numa verdadeira norma jurídica, não apenas disciplinando as demais leis, mas estabelecendo limites para o seu conteúdo e deveres a serem observados pelo Estado. Assim, há a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, das quais decorre o fenômeno da jurisdição constitucional.³⁶⁴

Atualmente, as constituições não são meros documentos legais, mas

³⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214-215.

³⁶³ BARBOSA, Claudia Maria; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 120 (p. 115-133).

³⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, n. 96, v. 12, fev./mai. 2010, p. 7-8.

funcionam como verdadeiros repositórios dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos e de normas diretivas e programáticas a todos os poderes estatais. Diante de uma situação de omissão de um dos poderes ou da impossibilidade de alcançar os objetivos traçados de forma adequada, ocorre, conseqüentemente, um desequilíbrio entre os demais poderes, o que pode acarretar um redesenho institucional e funcional das atribuições do Estado.³⁶⁵

Nesse contexto, superando-se o modelo de Estado de Direito Legalista, após 1988, “a Constituição é norma jurídica, que pode e deve ser aplicada diretamente à realidade social, incidindo sobre casos concretos, independentemente de regulamentação dos seus dispositivos pelo legislador ordinário”.³⁶⁶

A partir das mudanças ocorridas com a Constituição Federal de 1988, considerada como o marco jurídico do processo de redemocratização do país, o Poder Judiciário passou a exercer um papel essencial na sociedade brasileira, tendo em vista a ampliação das atividades por este órgão exercidas e a previsão de meios para que o cidadão possa concretamente ter acesso à justiça.³⁶⁷ A Constituição Federal prevê, como forma de ampliar o acesso ao Poder Judiciário, diversos mecanismos processuais para a garantia do direito pleiteado, como os remédios constitucionais, ações destinadas ao controle de constitucionalidade, além da organização dos tribunais superiores.³⁶⁸

Em decorrência das modificações descritas, ampliou-se o protagonismo exercido pelo Poder Judiciário em questões anteriormente atinentes às esferas do Poder Legislativo e Poder Executivo, especialmente no que se refere às questões políticas.³⁶⁹ Segundo Tate e Vallinder, há uma expansão global do Poder Judiciário, visualizando-se uma maior influência da jurisdição das Cortes ou juízes no âmbito político ou administrativo. Para os autores, a judicialização ocasiona como principal

³⁶⁵ CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 167-168.

³⁶⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 28.

³⁶⁷ Nesse sentido é a previsão do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³⁶⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 378-379.

³⁶⁹ Para uma análise crítica acerca do recente fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário e sua expansão global, ver: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995 e GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

efeito no contexto político-social a alteração do *locus* de decisão política para o Poder Judiciário, devido à omissão das instituições anteriormente competentes na realização de políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais³⁷⁰

Em paralelo à ampliação dos encargos exercidos pelo Poder Judiciário, o Poder Legislativo, enquanto representante da função de criação de leis para regular atos considerados relevantes para a sociedade, é, por vezes, inerte e omissor nesta função. Diante do papel de destaque conferido aos órgãos que exercem atribuições jurisdicionais, a inércia do Poder Legislativo para a regulamentação de questões imprescindíveis nas relações sociais, decorrentes, por exemplo, da ausência da regulamentação de uma lei, faz com que o Poder Judiciário seja instado a resolver questões típicas do Legislativo.

Ao ser escolhido como principal poder escolhido para a efetivação dos direitos fundamentais, ocorreu um aumento do número de ações judiciais propostas pelos cidadãos. Apenas em 2019, o Poder Judiciário brasileiro recebeu aproximadamente 30,2 milhões de processos, um crescimento de 6,8% em relação ao ano anterior.³⁷¹

Nesse cenário, dentre os órgãos participantes da estrutura do Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), desde a vigência da Constituição Federal de 1988, passou a gradativamente destacar-se pela interferência ativa na vida pública brasileira. Ao ser comumente conhecido como o guardião da Constituição, o STF assumiu especial papel ao ser incumbido de garantir os direitos fundamentais previstos em seara constitucional, passando, em contrapartida, a interferir em questões eminentemente políticas do governo brasileiro.

O protagonismo atualmente exercido na esfera judicial fez com que se visualizasse cada vez mais a judicialização da política, por meio da qual o Poder Judiciário passou a incumbir-se das tarefas de realização dos princípios e regras constitucionais, em especial dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, mas não garantidos efetivamente na prática. Esse fenômeno é fortalecido, em especial, pelo fato de que, apesar da normatividade prevista em sede constitucional para determinados direitos individuais e fundamentais, muitos desses preceitos não são efetivados no mundo fático, gerando a análise judicial de assuntos

³⁷⁰ TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995, p. 13.

³⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, p. 93. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

que deveriam, em regra, ser concretizados mediante funções legislativas e executivas.

Isso se fundamenta, especialmente, na tentativa de concretização cada vez maior dos direitos de caráter social, tendo em vista a ascensão de princípios como a solidariedade, a igualdade e o acesso à justiça, sendo necessário ir além do direito individual para a efetivação de determinadas políticas públicas à coletividade.³⁷²

Entretanto, conforme destaca Brandão, não é apenas a expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção o único elemento responsável por fomentar a judicialização da política no Brasil contemporâneo, mas também outros fatores políticos, como a incerteza eleitoral, a alternância no poder, a estabilização democrática e a opção por uma organização institucional marcada pelo fracionamento do poder (como o presidencialismo, federalismo e multipartidarismo).³⁷³

A judicialização de assuntos relacionados à política não constitui, em si mesma, algo negativo para a sociedade. Caso as lesões a direitos constitucionais levadas à análise do Poder Judiciário sejam decididas mediante argumentos jurídicos compatíveis com os limites previstos pela lei e os princípios democráticos vigentes, a judicialização do pleito proposto seria legítima em seu conteúdo, visto que não foi pautado em uma livre escolha do magistrado.

Por outro lado, as constantes decisões proferidas pelos tribunais brasileiros demonstram que, com a atuação mais destacada do Poder Judiciário, verifica-se cada vez mais uma visão inovadora e criativa do Direito, em que se reinventam determinados institutos jurídicos conforme os critérios atribuídos pelos próprios julgadores. O protagonismo judicial e a judicialização da política não podem ser utilizados como justificativa para decisões livremente baseadas na discricionariedade judicial, o que ocasiona um contexto jurídico de constante ativismo judicial.³⁷⁴

A judicialização da política é ainda prejudicada no Brasil devido à adoção do modelo de Constituição analítica e a complexidade do controle de

³⁷² MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 779.

³⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013, p. 215 (p. 175-220).

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, p. 722-723.

constitucionalidade. Nesse contexto institucional, Barroso aponta a judicialização como uma consequência inevitável, e não meramente como uma opção política, pelos seguintes motivos: 1) após a obtenção das garantias da magistratura, o Poder Judiciário passou a exercer um importante papel no exercício de poder político e na efetivação dos direitos fundamentais; 2) a Constituição atualmente traz o regramento sobre matérias anteriormente disciplinadas pela legislação ordinária; 3) ao adotar um sistema misto de controle de constitucionalidade, a partir dos modelos americano e europeu, diversas questões políticas ou moralmente relevantes podem ser decididas pelo STF.³⁷⁵

Segundo ressalta Streck, não se pode confundir a judicialização com o ativismo judicial. Enquanto o primeiro relaciona-se ao funcionamento adequado ou inadequado das instituições no sistema institucional previsto pela Constituição, em que há um aumento da possibilidade de se discutir questões governamentais em âmbito judicial, o segundo consiste em um tipo específico de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político. Um assunto judicializado pode ter como consequência uma resposta ativista, o que é prejudicial à democracia, assim como, em alguns casos de judicialização, a resposta do Judiciário mostra-se adequada à Constituição.³⁷⁶

Em sua essência, a judicialização demonstra que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos de Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.³⁷⁷ Há uma transferência de poder para os juízes e tribunais, o que ocasiona, conseqüentemente, um aumento expressivo da litigiosidade no país, devido ao grande número de ações judiciais.

De outro modo, embora existam ainda incertezas e críticas quanto à sua definição, o termo ativismo judicial tem sido utilizado para analisar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas, como um modelo ou programa para a decisão judicial e conduta a ser adotada pelos juízes, especialmente em decisões judiciais em conjunto. Considera-se, sobretudo, o papel a ser adotado pelo

³⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-333.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, p. 723-724.

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

Judiciário, tendo como pressuposto a autonomia do julgamento do juiz durante a análise do caso e a tomada de decisão.³⁷⁸

Em síntese, “enquanto a judicialização indica um direito constitucional de busca pela devida tutela judicial, o ativismo retrata uma postura mais expansiva da magistratura, geralmente escudada no signo da concretização de fins e valores constitucionais”.³⁷⁹

Como decorrência dos processos de transformações atuais, “a cultura jurídica teria passado de um suposto positivismo formalista à maior permeabilidade aos aspectos valorativos das situações, à inovação nos métodos de trabalho e à estimativa dos impactos de decisões judiciais”. Logo, o ativismo judicial demonstra uma situação em que há fronteiras fluidas entre dois ramos distintos: o da política e o do Direito. Ao ultrapassar essa fronteira para ingressar em um domínio político que não é sua atribuição, o agente judicial extrapola as suas funções típicas e produz efeitos jurídicos baseados em interesses e programas políticos.³⁸⁰

Nos casos de ativismo judicial e judicialização excessiva de questões atinentes aos demais poderes estatais, cunhou-se a expressão direito judiciário para designar o fato de que, ainda que o juiz tenha a função de declarar e interpretar o direito previamente estabelecido em um ordenamento jurídico, pode também ser, na prática, um criador do Direito, o que ocasiona incerteza, obscuridade e insegurança jurídica.³⁸¹

Nesse sentido, é implícito que há um certo grau de criatividade no momento da interpretação judiciária do direito legislativo, tendo em vista que a linguagem utilizada pelos legisladores pode ocasionar lacunas, via de regra, resolvidas no âmbito judiciário. Conforme destaca Eros Grau, as leis e demais textos normativos necessitam de interpretação não somente pelo fato de não serem totalmente claros

³⁷⁸ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos Cebap**, São Paulo, v. 32, n. 2, jul. 2013, p. 69-70.

³⁷⁹ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 85.

³⁸⁰ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos Cebap**, São Paulo, v. 32, n. 2, jul. 2013, p. 71-72 (p. 69-85).

³⁸¹ Nesse sentido, o filósofo inglês Jeremy Bentham já ressaltou o fato de que, no ordenamento jurídico inglês, “embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça se não declarar o direito existente, pode-se afirmar ser criador do direito”, o que ocasionava vícios comuns do direito judiciário (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 17-18).

ou unívocos, mas também pois são aplicados a casos concretos.³⁸²

Cabe ressaltar que há uma diferenciação fundamental para este estudo, referente às noções de texto e norma. A norma não pode ser confundida com o seu texto, pois, enquanto este representa uma positivação dada pelo legislador, aquela acrescenta em sua estrutura a realidade social em que o texto incide, a fim de extrair o seu significado.³⁸³ Partindo-se desse pressuposto, a interpretação de uma norma busca a sua concretização na realidade, dependendo do conteúdo da norma, da pré-compreensão do intérprete e do caso concreto.³⁸⁴

O problema reside no liame entre os conceitos de interpretação jurídica e criação do Direito, ou seja, o grau de criatividade, os limites e a aceitabilidade da criação do Direito pelos tribunais. O crescente aumento da criatividade no âmbito judicial tornou-se um problema do século XXI, de modo que o papel acentuadamente criativo conferido aos juízes acaba por igualar a função jurisdicional à função legislativa, o que ocasiona uma interferência indevida nos poderes.³⁸⁵

Conforme se extrai da obra de Ramos:

[...] por ativismo judicial deve-se entender exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar [...]. Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes.³⁸⁶

Portanto, o ativismo judicial enfatiza o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional. Para a definição de um ato jurisdicional como ativista, torna-se necessário verificar se extrapolou os limites impostos ao exercício do Poder Judiciário.³⁸⁷ Além dessa característica, nas decisões decorrentes do ativismo, há a preponderância da ideologia e posições pessoais do julgador, em

³⁸² GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

³⁸³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

³⁸⁴ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 20-21.

³⁸⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.131-132.

³⁸⁷ GOMES, Gustavo Gonçalves. Juiz ativista x juiz ativo: uma diferenciação necessária no âmbito do processo constitucional moderno. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 297.

detrimento da previsão expressamente constante no texto legal.³⁸⁸

Do mesmo modo, o ativismo é considerado como uma forma mais ampla de decisionismo no Estado Democrático de Direito, invertendo-se a tradicional ordem silogística, na qual há uma premissa maior como comando geral e abstrato e uma premissa menor como a situação colocada para a análise judicial. A partir da ampliação do ativismo judicial nos tribunais brasileiros, parte-se para uma lógica em que o caso concreto é utilizado para, a partir dele, alcançar-se uma solução jurídica.³⁸⁹

Assim, o ativismo judicial consiste em uma tendência de alcançar o equilíbrio adequado em um conflito social por meio de uma alteração na legislação vigente, mediante a criação de uma nova disposição normativa anteriormente inexistente, o que decorre da interpretação feita pelo juiz do texto constitucional ou legal.³⁹⁰

Um órgão judicial, nesses termos, profere decisões ativistas quando ultrapassa os mandamentos constitucionais expressos de não interferência nas atribuições dos demais poderes estatais.³⁹¹ Nessa linha, Marshall enumera alguns sinais do ativismo judicial reunidos na doutrina e jurisprudência sobre o assunto, destacando sete tipos: 1) ativismo contra-majoritário, nos quais os tribunais relutantes discordam de decisões tomadas por órgãos democraticamente eleitos; 2) ativismo não-originalista, quando os tribunais negam as concepções estritas do texto legal ou as intenções do legislador constituinte; 3) ativismo de precedentes quando os tribunais não aceitam a aplicação de precedentes; 4) ativismo jurisdicional, em que os tribunais não respeitam os limites jurisdicionais do seu próprio poder, violando a competência dos demais órgãos; 5) ativismo criativo, quando o tribunais criam novas teorias e direitos por meio da doutrina constitucional; 6) ativismo remediador, em que os tribunais usam o seu poder para impor obrigações positivas aos outros poderes ou para supervisionarem as obrigações judiciais impostas; 7) ativismo partidário, quando os tribunais tomam determinada decisão para alcançar

³⁸⁸ ABBOLD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. Ativismo Judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 528.

³⁸⁹ MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 38, n. 121, mar. 2011, p. 183.

³⁹⁰ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University, 2006, p. 260-272.

³⁹¹ KMEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, out. 2004, p. 1463-1464.

objetivos partidários.³⁹²

Segundo destaca Barroso, o contrário do ativismo judicial é a autocontenção judicial, forma de atuação na qual o Judiciário busca reduzir sua interferência nas ações de outros poderes. Para o autor, o Brasil tem demonstrado uma posição ativista em determinadas situações, destacando três hipóteses: 1) casos em que há aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e que independem de manifestação do legislador ordinário, como ocorreu com a fidelidade partidária; 2) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do Congresso Nacional, baseando-se em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição, como o caso da verticalização; 3) imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas, como a distribuição de medicamentos e terapias através de decisão judicial.³⁹³

Conforme ressalva Sarmento, o ativismo judicial se justifica no Brasil em determinadas áreas, como tutela de direitos fundamentais, proteção das minorias e garantia do funcionamento da democracia. Já em outras searas, impõe-se uma postura de autocontenção judicial, no sentido de respeitar as deliberações majoritárias adotadas no espaço político e nos casos em que o Judiciário não é o órgão com competência para tomar decisões dessa natureza.³⁹⁴

Entretanto, no atual cenário sociopolítico, o ativismo judicial que baseia as decisões judiciais no Brasil é caracterizado pela falta de racionalidade, tendo em vista a ausência de um padrão ou critério suficiente para trazer maior segurança e coerência ao ordenamento jurídico. A fluidez da fronteira entre política e Direito exsurge como um problema na medida em que os tribunais, em determinados casos, não exercem suas atribuições de acordo com os limites estabelecidos para o exercício de suas funções constitucionais.³⁹⁵

Para Martini, de modo indireto, o Poder Judiciário realiza o controle de

³⁹² MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, nov. 2002, p. 103-104.

³⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 25-26.

³⁹⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 128, 2009.

³⁹⁵ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial na Débâcle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, 2016, p. 764-765.

constitucionalidade das relações jurídicas, interferindo em outras áreas do Direito. A judicialização excessiva da saúde surge como uma alternativa para combater a inércia dos poderes, os quais claramente falham ao executar políticas públicas de bem-estar social e fazem com que os indivíduos possuam direitos com baixa efetividade no contexto prático.³⁹⁶

O ativismo judicial decorre das condutas adotadas pelas cortes judiciais quando não se autolimitam aos preceitos legais para a resolução de conflitos, mas criam novas políticas sociais e afetam interesses e atribuições típicas de outras esferas estatais. Os juízes, ao decidirem de forma a ultrapassar os limites de poder e ingressarem em assuntos de competência, por exemplo, do Poder Legislativo, assumem especial relevo na discussão da implementação e execução de políticas públicas.

É que as políticas públicas de saúde estão essencialmente vinculadas ao cotidiano dos cidadãos e, no Brasil, o ativismo judicial e a judicialização da política fazem com que essas políticas possam ser também implementadas pelo Poder Judiciário. Ao proferirem decisões judiciais que acabam por ultrapassar a esfera decisória, o Judiciário estabelece regras que, em geral, deveriam ser previstas pelos Poderes Legislativo e Executivo, ocasionando questionamentos quanto à legitimidade dessas decisões e seus efeitos na construção da democracia brasileira.

Visualiza-se atualmente um desequilíbrio entre as funções atinentes a cada um dos poderes, ora conferindo-se maiores atribuições ao Poder Executivo na definição de alcance e execução de políticas públicas, ora autorizando o Poder Judiciário, alheio a esse procedimento, a suprir determinadas lacunas e omissões deixadas pelos demais poderes, o que acaba ocasionando a criação de uma nova política pública.

A partir dessas constatações, surge o problema da forma de controle e limites a serem respeitados pelo Poder Judiciário ao analisar concretamente os programas de políticas públicas. A denominada justiciabilidade³⁹⁷ de uma política pública depende não só da possibilidade de um particular agir em juízo para a solução de

³⁹⁶ LESSA, Pablo Henrique Cordeiro; MARTINI, Sandra Regina. O ativismo judicial e a intervenção do Poder Judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica – CCJ FURB**, v. 21, n. 44, jan./abr. 2017, p. 20.

³⁹⁷ Considera-se como justiciabilidade, para efeitos deste estudo, o fenômeno segundo o qual o Direito passa a definir-se de forma predominante não pela sua positividade, mas sim pela possibilidade de submeter um comportamento à apreciação de um terceiro, no caso, o Poder Judiciário (GARAPON, Antoine. O guardador de promessas: justiça e democracia. Lisboa: Edições Piaget, 1988, p. 40-43).

um litígio, mas também da própria ação a ser adotada pelo Estado. Disso decorrem duas indagações a serem feitas, segundo ressalta Lima: em primeiro lugar, saber se os cidadãos em geral têm ou não o direito de exigir, no âmbito judicial, a execução concreta de políticas públicas e a prestação de serviços públicos; em segundo, saber se o Poder Judiciário pode promover a execução dessas políticas.³⁹⁸

Dessa análise, infere-se que as políticas públicas buscam operacionalizar os direitos fundamentais na realidade brasileira. O texto constitucional não classificou, de forma expressa, a forma como o Estado deve atuar a fim concretizar efetivamente esses direitos. A Constituição estabelece apenas a necessidade de concretização mediante ações e serviços estatais, como ocorre com o direito fundamental à saúde, restando dúvidas quanto à forma e limites para a realização de tais políticas.

Um dos maiores fatores atualmente discutidos no âmbito jurídico sobre as políticas públicas relacionadas à saúde reside na efetivação desses preceitos pelos Poderes estatais. O artigo 196 da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir a saúde para todos, mediante políticas sociais e econômicas, de modo que, a fim de concretizar adequadamente o direito fundamental à saúde, necessita-se da definição de políticas públicas aptas a promover a sua promoção.

Caso o direito à saúde fosse efetivamente garantido no ordenamento jurídico aos indivíduos que necessitam da prestação estatal, desnecessária seria a provocação do Poder Judiciário para determinar, em sede de ações judiciais individuais e coletivas, a obrigação do ente estatal em fornecer os meios aptos para a sua garantia.³⁹⁹ Por estar vinculado a uma vontade política do Poder Executivo em fornecer recursos aptos para promover a sua efetividade e do Poder Legislativo em criar normas reguladoras desse direito, restou ao Poder Judiciário, no contexto atual, o papel de determinar o cumprimento dos preceitos constitucionais.

Tendo em vista a ineficácia de ações dos Poderes Legislativo e Executivo tendentes a concretizar as previsões constitucionais, a população, especialmente aquela parcela de baixo poder aquisitivo, torna-se obrigada a valer-se do atendimento de seus pleitos no âmbito judicial. O Poder Judiciário torna-se então o

³⁹⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 130.

³⁹⁹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 157.

último refúgio do cidadão para obter o reconhecimento de pretensões relacionadas ao direito à saúde, o que se torna um incentivo à judicialização e ao ativismo judicial.⁴⁰⁰

Segundo Fonseca, é justamente essa combinação entre o amplo acesso à justiça, os diversos mandamentos constitucionais relacionados ao direito fundamental à saúde e uma postura judicial expansiva que motivam a transferência das demandas sociais das instâncias políticas tradicionais para o Poder Judiciário.⁴⁰¹

Não se discute, no presente estudo, a importância do Poder Judiciário para intervir, quando provocado, para garantir o cumprimento das disposições legais e constitucionais. Isso porque a saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista a sua relevância como bem jurídico essencial a ser tutelado pelo Estado. A discussão refere-se aos limites que devem ser obedecidos na atuação do Judiciário, a fim de coibir as constantes práticas de ativismo judicial e violação da interdependência e separação entre os poderes constitucionalmente estabelecidos.

Em relação, especificamente, ao direito fundamental à saúde, em algumas decisões judiciais a serem avaliadas, considera-se que o Judiciário avançou em suas prerrogativas constitucionais de analisar e conferir a melhor solução possível para um caso concreto. Logo, os agentes judiciais passaram a exercer, de forma atípica, uma função inerente ao Poderes Legislativo, ao criar normas e regras específicas para formulação de políticas públicas, e do Poder Executivo, ao conceder os mecanismos para a execução da política formulada e interferir em questões atinentes ao orçamento público.

Mesmo em decisões que concedam, em um caso individual, um medicamento ou tratamento específico, o Poder Judiciário, ao deferir o pleito formulado por um cidadão referente a tratamento de grande valor gera implicações nos orçamentos dos entes federativos. Esse fato ocasiona a transferência de recursos de uma coletividade que se beneficiaria com essa destinação para um indivíduo específico, a

⁴⁰⁰ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais.** São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 77.

⁴⁰¹ FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais.** São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 77.

fim de cumprir com a decisão judicial.⁴⁰²

A gestão orçamentária deve atender a alguns princípios básicos, dentre os quais se destacam dois: 1) especificação, no sentido de que as despesas devem ser fixadas de forma detalhada no orçamento público, a fim de atender-se ao dever de transparência e analisar as possibilidades menos onerosas para os gastos públicos; 2) equilíbrio financeiro, o qual estabelece um equilíbrio entre receita arrecadada e a despesa realizada, inserido no exercício financeiro ao qual se refere, de modo a reduzir ao mínimo as eventuais insuficiências.⁴⁰³

No entanto, ao serem fornecidos medicamentos e tratamentos médicos em cumprimento à decisão judicial proferida em ações individuais, verifica-se uma onerosidade excessiva ao orçamento dos entes federativos, o que confronta com o princípio do equilíbrio, bem como viola o princípio da especificação, tendo em vista a realização de despesa destinada à finalidade não prevista na Lei Orçamentária Anual.⁴⁰⁴

O planejamento orçamentário foi destinado pelo texto constitucional como de competência do Poder Executivo, mediante a aprovação do Poder Legislativo, de modo a atender as prioridades da sociedade. A elaboração das diretrizes anuais, em regra, reflete o juízo de discricionariedade do administrador público, o qual deve atentar-se para as prioridades de governo estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano a que se refere.⁴⁰⁵

Ao buscar a efetivação dos direitos fundamentais e a realização de políticas públicas, o Judiciário acaba por reduzir o espaço discricionário de atuação do administrador. Cabe ressaltar que a administração pública não possui liberdade total e irrestrita para agir quanto às opções oportunas e convenientes, de forma imune ao

⁴⁰² PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Brasília, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, 2015, p. 303.

⁴⁰³ CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de; SCAFF, Fernando FACURY. **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 72-73.

⁴⁰⁴ A Lei Orçamentária Anual (LOA) é um planejamento que indica os valores e destinação dos gastos públicos no período de um ano, com base no valor total arrecadado pelos impostos. Na LOA, o governo define as metas e ações a serem adotadas pelo Governo, a serem executadas pelos entes federativos. Nesse sentido dispõe o artigo 2º da Lei 4.320/64: “a Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade”.

⁴⁰⁵ PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo Judicial e Direito à Saúde**: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Brasília, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p.304.

controle judicial, mas sim a competência para agir conforme os ditames legais.⁴⁰⁶ O controle a ser realizado no âmbito judicial deve obedecer determinados limites, para que não seja extrapolada a sua esfera de atuação, em violação ao princípio da separação dos poderes.

Do mesmo modo, ao proferir decisão judicial de procedência quanto à concessão de tratamentos médicos a serem custeados pelo Estado, o Judiciário não leva em consideração a política pública vigente e demais aspectos extraprocessuais, atentando-se apenas para as questões endoprocessuais. Por conseguinte, prejudica-se sobremaneira a atuação do Executivo ao definir as prioridades em matéria de políticas públicas. A interferência excessiva do Judiciário nesse assunto faz com que a administração seja obrigada a ajustar suas disponibilidades financeiras, retirando recursos destinados a outros setores deficitários e prejudicando, inclusive, a concretização dos direitos sociais. Assim, o Judiciário, ao judicializar as políticas públicas de saúde, atua indiretamente como gestor de recursos em face da escassez orçamentária.⁴⁰⁷

Outrossim, conforme assevera Barroso, o juiz nem sempre detém as informações necessárias para analisar o caso, tendo em vista a interdisciplinariedade das demandas relacionadas ao direito à saúde. Há, ainda, o problema do grande número de ações judiciais que devem ser analisadas pelo Judiciário, o que ocasiona a ausência de tempo suficiente para conferir especial atenção a estas demandas.⁴⁰⁸

Como exemplo de concessão judicial de medicamentos de alto custo, cita-se

⁴⁰⁶ QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 133.

⁴⁰⁷ CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quarter Latin, 2010, p. 33-34.

⁴⁰⁸ Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reuniu todas as demandas relacionadas à judicialização da saúde de natureza cível, sem contas as ações criminais, considerados os processos ajuizados até o dia 31/12/2016, em trâmite no primeiro e segundo graus de jurisdição, juizados especiais, Superior Tribunal de Justiça, Turmas Recursais e Turmas Regionais de Uniformização. Conforme os dados obtidos, até o fim de 2016, consta um total de 1.346.931 demandas em tramitação no Poder Judiciário acerca do tema, relacionados a fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, assistência a saúde, entre outros. A conclusão final do relatório indica que existe uma explosão de novos processos sobre a saúde no Brasil, tendo em vista que, nos anos de 2011, 2014 e 2015, havia, respectivamente, 240.980, 392.921 e 854.506 processos. Para acesso à pesquisa, ver: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.ppd>>. Acesso em: 5 maio 2021.

o caso de um paciente que, em decorrência de uma forma rara de anemia, recebe o medicamento Soliris (eculizumab) de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde, o que gera um custo anual de R\$ 800.000,00, sendo considerado o tratamento médico mais caro da história. Caso o medicamento não fosse utilizado regularmente, o resultado seria a morte do indivíduo. Entretanto, havia como alternativa a realização de transplante de medula, muito mais barata em comparação ao medicamento importado. Esse fato gera um embate entre o direito individual à saúde e seus impactos para a coletividade, tendo em vista a alocação de recursos destinados ao cumprimento da decisão judicial.⁴⁰⁹

De modo semelhante, outros casos emblemáticos referem-se à condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de tratamento médico de doença rara e degenerativa, no valor de R\$2.600.000,00 ao ano⁴¹⁰, além do requerimento para que o Estado de Pernambuco forneça medicamentos com custos estimados em

⁴⁰⁹ Processo 0034026-16.2010.8.26.0053 (053.10.034026-4) (...) Cuida-se de mandado de segurança impetrado por RAFAEL NOTARANGELI FÁVARO objetivando o reconhecimento do seu direito líquido e certo de receber o medicamento mencionado na inicial, por ser portador de HPN (hemiglobinúria paroxística noturna), com base no artigo 196 da CF e no artigo 6º, inciso I, d, da Lei Federal nº 8.080/90. (...) A segurança deve ser concedida. Em primeiro lugar, convém dizer que o caso é muito peculiar, já que o impetrante é portador de doença extremamente rara, tanto que o medicamento que lhe foi prescrito é tido como órfão, isto é, não é fabricado em condições normais de mercado pelas empresas farmacêuticas por razões econômicas (fl. 68). Nesse contexto fático, a despeito do referido medicamento não ter registro na ANVISA, mas estar autorizado pelos órgãos sanitários dos EUA e da Europa para o tratamento da doença do impetrante, como a própria ANVISA informou, ele tem direito de recebê-lo, à luz do princípio da integralidade das ações e serviços de saúde, incluindo a assistência farmacêutica, nos termos do artigo 196 da CF e do artigo 6º, inciso I, d, da Lei Federal 8.080/90 (assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica). De outro lado, o Estado de São Paulo não demonstrou que o medicamento varfarina é indicado para a doença do impetrante. Pelo que consta no sítio da ANVISA, esse medicamento está registrado na categoria de anticoagulantes, não havendo, outrossim, qualquer informação técnica de que ele tem eficácia semelhante ao soliris no tratamento da HPN, doença rara, como vimos acima. Assim, dentro dos limites probatórios do presente writ, é de rigor a concessão da segurança. Ante o exposto e o que mais consta dos autos, CONCEDO a segurança, confirmando a liminar, para determinar que a autoridade impetrada forneça gratuitamente ao impetrante o medicamento mencionado na inicial, na quantidade e enquanto dele necessitar, sempre sob prescrição médica, sob as penas da lei (SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Mandado de Segurança, autos nº 0034026-16.2010.8.26.0053 (053.10.034026-4), 8ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Simone Viegas de Moraes Leme, julgado em: 5 set. 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22333514/agravo-regimental-agr-340261620108260053-sp-0034026-1620108260053-tjsp>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁴¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em: 22 dez. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137159/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-198-mg-stf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

R\$269.000,00.⁴¹¹

Além disso, apenas em 2010, o Estado de São Paulo gastou cerca de R\$700.000.000,00 no cumprimento de ordens judiciais de fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Em 2015, o mesmo Estado gastou R\$1.2000.000.000,00 para a execução de 51.000 processos. Há ainda uma irracionalidade pela desnecessidade da propositura da ação em várias situações, vez que, a cada quatro medicamentos deferidos por ordem judicial, ao menos um já está sendo fornecido pelo SUS.⁴¹²

Do mesmo modo, as ações ajuizadas contra a União continuam sofrendo um aumento elevado, o que gera custos insustentáveis. Conforme os dados coletados pela Advocacia Geral da União – AGU, enquanto em 2005 foram gastos R\$2.441.041,95 para o custeio de medicamentos e tratamentos médicos, em 2012 esse valor totalizou R\$ 287.844.968,16.⁴¹³

A partir dos casos expostos, torna-se possível visualizar as injustiças distributivas que as demandas judiciais ocasionam no orçamento das políticas públicas, decorrentes da falta de legitimidade democrática do Judiciário e ausência de conhecimento técnico para as decisões nesses processos. Ao decidir quanto à garantia desse direito em lides judiciais, o magistrado direciona o orçamento, já escasso, para a realização de procedimentos médicos que, muitas vezes, estão ainda em fase experimental.⁴¹⁴

Ademais, em uma avaliação acerca dos casos analisados diariamente pelas cortes, vislumbra-se o que é denominado por Lima como uma “postura jurisdicional próxima da cegueira de um olho só”. Isso porque em diversos acórdãos e decisões judiciais estudados pelo autor, são desconsiderados os argumentos da Administração Pública, prejudicando a dialética do processo. Mesmo quando tais argumentos são citados, eles não exercem nenhuma influência no processo

⁴¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgado em: 12 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁴¹² LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**: aspectos econômicos e políticos. São Paulo: Almedina, 2020, p. 64-65.

⁴¹³ BRASIL. **Advocacia Geral da União**. Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012--modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

⁴¹⁴ ÁVILA, Ana Paola Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Curitiba, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, jan./abril 2018, p. 96.

decisório, utilizando-os somente de forma genérica.⁴¹⁵

Ademais, há capacidades institucionais segundo as quais se argumenta que as cortes judiciais não são as instâncias mais adequadas para a análise de questões complexas envolvendo o direito fundamental à saúde. Nesse sentido, Komesar descreve a capacidade institucional dos órgãos públicos com base em uma “análise institucional comparativa”, isto é, um juízo sobre quem, dentre os órgãos existentes, possui a competência para o processo decisório. Esse processo leva em consideração uma análise interativa entre a política, economia e o direito para impedir que, em uma atuação judicial isolada, outros atores possam demonstrar maior capacidade para implementar e executar as políticas públicas.

Para analisar a capacidade das instituições para a realização de determinados objetivos, segundo o mesmo autor, deve-se levar em consideração as potencialidades reais e efetivas dos órgãos em questão, verificando suas imperfeições e vicissitudes. Antes de deslocar uma questão de apreciação judicial para outros órgãos, como as instâncias políticas, torna-se necessário ponderar qual seria o ente adequado ao qual caberia a decisão, conforme todas as complexidades e possíveis imperfeições do órgão. Tal análise não pode ser realizada de forma isolada no âmbito jurídico, mas através de um diálogo com a política e a economia, a fim de avaliar os custos procedimentais e competências institucionais envolvidos.⁴¹⁶

Quanto ao reconhecimento de direito fundamental subjetivo a prestações⁴¹⁷, ganhou destaque na doutrina e na jurisprudência a aplicação da teoria da reserva do possível, de acordo com o exposto na seção anterior. Haja vista que os direitos sociais a prestações materiais, como é o caso da saúde, dependem do orçamento público disponibilizado pelo Estado, caberia ao legislador a decisão sobre a

⁴¹⁵ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**: aspectos econômicos e políticos. São Paulo: Almedina, 2020, p. 40-41.

⁴¹⁶ KOMESAR, Neil K. **Law's Limits**: the rule of law and the supply and demand of rights. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001, p. 24.

⁴¹⁷ Entende-se como direitos fundamentais de caráter subjetivo uma espécie de situação subjetiva que se caracteriza principalmente pela possibilidade de pretensão de um sujeito em relação a outro, sobre aquilo que a norma dispõe. Há a junção de dois elementos: a possibilidade de algo ser exigido e a possibilidade de alguém pretender o que a norma lhe atribui. Nesse sentido, o direito subjetivo traduz a possibilidade de exigir-se aquilo que as normas atribuem a alguém como próprio. Os direitos subjetivos a prestações consistem, pois, na possibilidade de o sujeito exigir prestações em face de outro agente, como tratamentos médicos a fim de concretizar o direito à saúde, prevista na Constituição como direito fundamental e passível de exigência por parte do indivíduo (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 260).

alocação de recursos financeiros.⁴¹⁸ Nesse sentido, a concretização desses direitos na esfera do Poder Judiciário, na ausência de atuação legislativa, seria uma afronta direta ao princípio da separação dos poderes.⁴¹⁹

Ao proferir decisões judiciais estabelecendo critérios para a concessão de medicamentos pelo Estado, o Poder Judiciário acaba por definir, de modo amplo, determinadas políticas públicas que deveriam tradicionalmente ser definidas em lei. Ademais, é inegável o impacto que essas decisões causam no orçamento público dos entes federativos, tendo em vista que, com a determinação de uma obrigação para a concessão de tratamentos médicos, o Poder Público deve, imediatamente, promover o cumprimento da ordem judicial.

Outrossim, aplicando-se a teoria das escolhas trágicas, formulada por Calabresi e Bobbit, conclui-se que, ao destinar determinados recursos para a implementação e execução de políticas públicas, especialmente na área da saúde, ocorre uma alocação de bens escassos a determinadas parcelas sociais em detrimento a outras. Um juiz, ao decidir pela concessão de determinado medicamento a um indivíduo enfermo, realiza uma escolha trágica, pois os mesmos recursos poderiam ser destinados a investimentos em hospitais ou medidas básicas de saúde. Do mesmo modo, ao indeferir a concessão do mesmo medicamento, a escolha trágica é feita quando se decide tutelar o direito à saúde para a coletividade e deixa-se de oferecer tratamento médico ao paciente enfermo, o que pode gerar uma consequência trágica, como a morte.

Muitas vezes essas escolhas trágicas são realizadas pelo Poder Judiciário, quando deveriam ser feitas em um espaço democrático e que represente os interesses da sociedade: o Parlamento. Compete ao Poder Legislativo realizar as opções políticas quanto a receitas e gastos públicos para a concretização das políticas públicas imprescindíveis para a realização dos ideais da sociedade.

A partir do exposto, em algumas situações, é questionável o desempenho do Poder Judiciário diante de decisões proferidas que afetam diretamente políticas públicas relacionadas à efetivação do direito fundamental à saúde. Por impor ao

⁴¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29-30.

⁴¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 327-328.

Estado o cumprimento de uma decisão concedendo a um indivíduo isoladamente um tratamento de alto custo, são deslocados recursos públicos que, de outro modo, poderiam ser destinados à coletividade. A atuação judicial em questões envolvendo a concessão de tratamentos médicos a indivíduos que os pleiteiam mostra-se perigosa, ao trazer constantes inseguranças para a fruição coletiva do direito à saúde.

A ingerência do Judiciário é medida extremamente necessária para ocasiões em que o Estado é omissor ou negligente no atendimento das demandas públicas. De modo diverso, ao proferir decisões judiciais que acabam por ultrapassar a sua esfera de decisão, o Judiciário define regras e condutas que, em geral, deveriam estar previstas em lei e normas infralegais pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que atenta contra a autonomia dos poderes e prejudica o processo de fortalecimento da democracia brasileira.

Conforme evidenciam Vieira e Zucchi, as principais distorções ocasionadas pelas ações judiciais envolvendo medicamentos e tratamentos médicos são o aumento da irracionalidade no uso do recurso financeiro público e o prejuízo à equidade.⁴²⁰ No mesmo sentido, Corsi e Martini destacam que a judicialização da saúde torna-se negativa quando, a médio e longo prazo, são observados como efeitos: custos insustentáveis aos cofres públicos, risco de proporcionar ainda mais discriminação e a dificuldade de distinção entre direitos fundamentais e interesses individuais.⁴²¹

Ademais, Ferraz e Wang sustentam que, no cenário brasileiro, os litígios são mais comuns em estados e municípios com melhores indicadores socioeconômicos e são propostos por litigantes de origem privilegiada. Do mesmo modo, destacam que a maior parte dos gastos despendidos pelo governo nessa área refere-se a tratamentos individuais, normalmente de medicamentos importados e extremamente custosos, para tratar de condições que não são prioridade para a população

⁴²⁰ VIEIRA, Fabiola Sulpino; Zucchi, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. 2007. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/DdFrCJXWq5kg3934MPp3kNB/?lang=pt>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

⁴²¹ CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 50, 2018, p. 66-67.

amparada no SUS.⁴²²

Contudo, esse “modelo brasileiro” de litígio na área de saúde é ineficaz na garantia do direito à saúde em patamares mínimos à população e, ao contrário, dificulta ainda mais a sua aplicação adequada. Isso porque as autoridades passam a ser obrigadas, por ordem judicial, a alterar a destinação dos escassos recursos provenientes de programas de saúde amplos para a aquisição de tratamentos individualizados, o que não se mostra economicamente eficiente ou prioritário em no atual sistema de saúde, marcado por recursos limitados e inúmeras demandas da população.⁴²³

Apesar de se considerar justa a proteção judicial conferida ao particular que não recebe o amparo estatal, diante de pedido relacionado ao direito à saúde, é inegável que a ausência de parâmetros concretos e delineados de forma a proporcionar soluções igualitárias, tem conduzido a um estado de descontrole, se considerado que a fruição deste direito por pessoas individualizadas afeta o direito de todos.

Existem ainda outras medidas viáveis para proporcionar a chamada “desjudicialização” das demandas envolvendo o direito fundamental à saúde, no intuito de facultar às partes a sua solução fora do âmbito do Poder Judiciário, se forem juridicamente capazes e seu objeto seja um direito disponível. A fim de garantir o direito fundamental ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição Federal, surgem novos métodos de resolução de conflitos, a exemplo da mediação sanitária, realizada por Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou em cartórios extrajudiciais.⁴²⁴

Visando a operacionalizar o crescente número de ações judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, algumas ferramentas foram

⁴²² WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 167-168. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur18-port-daniel-wei-l-wang-e-octavio-ferraz.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴²³ WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, jun. 2013, p. 167-168. Disponível em: <<https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2017/11/sur18-port-daniel-wei-l-wang-e-octavio-ferraz.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2021.

⁴²⁴ Para maiores informações sobre a mediação sanitária e suas contribuições para a efetivação do direito fundamental à saúde, ver: MALHEIROS, Joana D'Arc de Moraes; MARTIN, Sandra Regina; MICHELON, Ana Luísa. Desjudicialização – alternativa viável à efetivação do direito à saúde. **Revista Derecho y Salud**, Córdoba, n. 4, 2020, p. 78-79.

criadas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, como a manutenção de comitês estaduais de saúde pela Resolução nº 238 do referido órgão, a especialização de comarcas na análise do tema e a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), para a elaboração de pareceres acerca das demandas apresentadas.⁴²⁵

Nessa linha, considerando que a competência para regular o modo e limites do dever do Estado de implementar o direito fundamental à saúde a todos é do Poder Legislativo, entende-se que lhe cabe a prerrogativa de instrumentalizar condições jurídicas, mediante lei, para que o Poder Executivo lhe dê efetividade, mas sem desconsiderar a igualdade de tratamento, diante do direito da coletividade. Em consequência, a atuação do Poder Judiciário deveria circunscrever-se às situações em que há flagrante desrespeito do Estado com o seu dever constitucional de prestação de políticas públicas de saúde.

Desse modo, torna-se necessário estabelecer critérios objetivos, por meio de edição de leis pelo Poder Legislativo, a fim de regular o procedimento e demais regras básicas para a concessão de medicamentos na via judicial. Caso contrário, o ativismo judicial constituirá nada mais que uma escolha trágica feita pelo Estado, tendo em vista que a ausência de uma regulação por meio de lei emanada do poder competente produz mais malefícios do que benefícios.

As consequências negativas desse processo para a efetivação do direito fundamental à saúde serão aprofundadas adiante, analisando-se as alternativas para o sistema vigente no país, especialmente no tocante à sua universalidade e gratuidade, e quais são os desafios existentes para a implementação dessas mudanças.

3.3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE À SAÚDE NO BRASIL: UM CAMINHO POSSÍVEL?

Os princípios expostos anteriormente, em especial o princípio da subsidiariedade, revelam-se como importante fundamento para compreender o conteúdo e abrangência do artigo 196 da Constituição Federal, a fim de se buscar

⁴²⁵ MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, 2018, p. 780.

alternativas que possam atenuar o problema da baixa efetividade do atual sistema de saúde à sociedade. Isso se torna necessário tendo em vista que, embora tal norma seja válida e eficaz⁴²⁶ no ordenamento jurídico brasileiro, há mecanismos insuficientes para a sua real aplicação, ou seja, para conferir a efetividade ao direito fundamental à saúde.

A Constituição Federal brasileira, conforme ressalta Bandeira de Mello, não é um simples ideário composto por normas programáticas e propósitos, mas sim um conjunto de dispositivos e preceitos obrigatórios ao Estado e aos cidadãos, que ocupa posição de superioridade em relação às demais normas jurídicas.⁴²⁷ Cabe ressaltar, todavia, que a Constituição não é apenas um texto jurídico ou regulamento normativo, sendo uma expressão de seu desenvolvimento histórico, social e cultural.⁴²⁸

As normas constitucionais que definem, reconhecem e atribuem direitos sociais, como é o caso do direito à saúde, são frequentemente aquelas que apresentam maior defasagem em relação à sua efetiva concretização, motivo pelo qual, em sua maioria, são denominadas como normas de caráter programático.⁴²⁹ A efetividade dessas normas depende da prescrição normativa que regulamenta a vida social, ou seja, e proteção e promoção de garantias sociais, políticas e jurídicas aptas a concretizar os direitos fundamentais.⁴³⁰

A questão a ser tratada, tanto no caso da efetivação do direito à saúde por meio de Políticas Públicas formuladas pelo Poder Executivo, quanto na hipótese de o indivíduo pleitear medicamentos mediante tutela do Poder Judiciário, refere-se à real necessidade de, em determinado caso, o Estado fornecer o tratamento de forma gratuita. Há situações em que o próprio indivíduo possui condições econômicas ou financeiras para custear determinado serviço, de modo que contraria o princípio da

⁴²⁶ Acerca dos requisitos de uma norma jurídica, cabe ressaltar que terá existência quando preencher os elementos constitutivos definidos em lei como causa suficiente para a sua incidência. Terá validade quando a norma preencher os atributos ou requisitos conferidos pela lei para que alcance a perfeição. A eficácia da norma consiste na aptidão para a produção de efeitos e irradiação de consequências no mundo jurídico (BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 64-65).

⁴²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 10-11.

⁴²⁸ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 29.

⁴²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 63.

⁴³⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 192-193.

subsidiariedade a busca pelo amparo estatal, quando não há real necessidade para tanto.

A partir da análise dos princípios que fundamentam o direito à saúde no Brasil, evidenciou-se que o modelo foi erigido a partir de uma pretensão de conferir gratuidade ampla aos seus destinatários. Conforme prevê o texto constitucional, o direito à saúde manifesta-se tanto como um direito individual, no sentido de que cada indivíduo pode determinar quais recursos médico-sanitários serão utilizados e a qual tipo de tratamento médico será submetido, quanto como um direito social, em que se privilegia a universalidade e a igualdade.⁴³¹

Entretanto, a garantia de bens e serviços relativos à saúde com razoabilidade à população que deles necessita, além dos princípios da igualdade e da universalidade, deve atentar para a configuração econômico-social do Estado e de sua capacidade para implementar medidas de promoção, proteção e recuperação da saúde. A atual conjuntura econômica e as desigualdades sociais que se apresentam exigem que o Estado brasileiro repense a prestação de políticas públicas de saúde, adotando um novo paradigma, que torne possível a sua efetivação àqueles que necessitam de ajuda estatal para a sua fruição. Esse caminho exige um fundamento que, como se procurará demonstrar, está amparado nos princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o princípio da subsidiariedade.

A subsidiariedade, conforme a análise acima, pode referir-se tanto à necessidade de um ente estatal auxiliar outro, a exemplo do apoio de um Estado-membro a um município em situação de calamidade, como de um ente estatal amparar uma pessoa que não consegue prover uma demanda por incapacidade comprovada, a exemplo do direito à saúde. Nesse sentido, estando ao alcance da pessoa atingir bens necessários para garantir a sua dignidade, o Estado não deve intervir e, do contrário, não pode abster-se de realizar uma prestação positiva ao cidadão, se a omissão atenta contra a sua dignidade.⁴³²

Da mesma forma, afigura-se como um princípio balizador da atuação dos poderes públicos, visando delimitar o espaço em que lhes cabe agir, daquele em que devem abster-se, sob risco de praticarem excesso. Ao indivíduo cabe a

⁴³¹ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 78.

⁴³² DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-105.

responsabilidade de custear seus tratamentos médicos, caso tenha condições econômicas ou financeiras para tanto, remanescendo ao Estado a obrigação de garantir a saúde pública de qualidade nos casos em que os destinatários desse direito não possuem como arcar com seus próprios recursos.

Portanto, destaca-se que à pessoa individualizada também recai a responsabilidade pela saúde. Nesse caso, a responsabilidade individual implica que, embora todos tenham acesso a ações e serviços de saúde, a gratuidade seja concedida apenas à pessoa que comprovadamente não detenha capacidade econômica ou financeira.

Aplicando-se esse princípio ao direito fundamental à saúde, conclui-se que cabe ao cidadão tudo o que possa realizar, deixando à instância superior, qual seja, ao Estado, aquilo que ultrapasse a sua capacidade ou que exija medidas mais uniformes e eficientes em benefício de toda a comunidade. Assim, torna-se possível a concretização da saúde pública de qualidade, ao permitir uma maior autonomia dos indivíduos e não onerar excessivamente o Estado, deixando de atribuir somente a este a responsabilidade de fornecer medicamentos e tratamentos médicos.

Esse entendimento harmoniza-se com o fato de que, segundo os artigos 196 e 197 da Constituição Federal, a saúde não é apenas um direito de todos, mas também um dever do Estado, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação e execução de forma direta ou através de terceiros. O artigo 198, §1º dispõe que o sistema único de saúde poderá ser financiado com recursos de várias origens, podendo ser incluído, no presente caso, a contribuição do particular para a execução de serviços de saúde a ele relacionados.⁴³³ No mesmo sentido, o artigo 2º, §2º da Lei 8.080/90 ressaltou que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Estabelecer um sistema de saúde em que seja verificada a hipossuficiência econômica ou financeira dos indivíduos também não contraria o princípio da

⁴³³ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

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

Artigo 198, §1º “§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

solidariedade social. A caracterização da solidariedade social como objetivo fundamental da Constituição brasileira, conforme o seu artigo 3º, I, resulta numa interpretação em conformidade com essa nova diretiva. Significa em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualmente à pessoa, a exemplo do fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com características próprias do seu destinatário, como se verá adiante.

No que concerne ao primeiro aspecto, cabe observar que a configuração do direito à saúde segundo as diretrizes do princípio da solidariedade social fica evidenciado no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.080/90, ao definir que a obrigação do Estado não afasta o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isto conduz à percepção que a efetivação do direito à saúde depende de uma atuação conjugada, sobretudo, do Estado e da sociedade.

Por outro lado, em relação ao segundo aspecto, denota-se que à pessoa individualizada também recai a responsabilidade pela saúde. Nesse caso, a responsabilidade individual implica que, embora todos tenham acesso a ações e serviços de saúde, a gratuidade seja concedida apenas à pessoa que comprovadamente não detenha capacidade econômica ou financeira.

Tome-se, a título de exemplo, duas pessoas portadoras da mesma enfermidade que exija a utilização de medicamento, cujo valor mensal seja de R\$ 1.000,00. Enquanto a primeira possua renda mensal de um salário-mínimo a segunda possui uma remuneração mensal de R\$ 20.000,00. Entende-se que enquanto a primeira pessoa necessita do amparo do Estado, a segunda pode financiar, por si própria, o tratamento de saúde.

Em que pese, em um primeiro momento, aparenta que essa distinção de tratamento possa resultar em ofensa ao princípio da igualdade, analisando-se sob a ótica da igualdade material, conferir tratamento desigual a pessoas que demandam idêntico amparo do Estado não viola o referido princípio. Isso porque o princípio da igualdade material proíbe o tratamento igual entre indivíduos ou situações desiguais, e, do mesmo modo, o tratamento desigual a indivíduos ou situações iguais.

A ideia da igualdade formal, veiculada pelo artigo 5º da Constituição Federal, apenas veda a utilização de diferenciações entre indivíduos em uma mesma

situação, devendo receber o mesmo reconhecimento pela lei. Já à igualdade material cumpre o papel de proibir a utilização de critérios injustos e que contrariam a dignidade humana, buscando a redução de desigualdades no âmbito substancial, o que justifica, em princípio, a concessão de um tratamento jurídico diferenciado entre pessoas economicamente hipossuficientes em relação àquelas que possuem meios aptos a garantir a sua saúde.

Neste sentido, entende-se que no exemplo trazido acima, a não concessão de gratuidade pelo fornecimento de medicamento à segunda pessoa, por ser portadora de capacidade financeira para arcar com o ônus da sua aquisição, não implica em ofensa ao princípio da igualdade, pois há evidente desigualdade na comparação com a primeira pessoa. Isso porque o sistema de saúde atualmente vigente resulta em ofensa ao princípio da igualdade, ao conferir o mesmo tratamento de forma gratuita a pessoas que, no âmbito material, apresentam situação econômica ou financeira distinta.

Não basta considerar a igualdade sob um viés meramente formal, de modo a conferir perante a lei um reconhecimento equânime a todas as pessoas, o que é realizado pelo atual sistema de saúde brasileiro. Não se pode considerar a igualdade apenas como uma simples aplicação ou interpretação de normas jurídicas de forma igualitária a todos indistintamente, mas analisar, sobretudo, as desigualdades existentes na sociedade, especialmente no que toca ao direito fundamental à saúde. De acordo com Cappelletti, “está bem claro hoje que tratar ‘como igual’ a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça”.⁴³⁴

Portanto, conceder um tratamento diferenciado no âmbito da saúde pública entre indivíduos hipossuficientes economicamente e aqueles que possuem condições para arcar com os custos de tratamentos médicos não contraria o princípio da igualdade, mas, ao contrário, o consolida em seu âmbito substancial na realidade brasileira. Entende-se que a não concessão de gratuidade pelo fornecimento de medicamento às pessoas portadoras de capacidade financeira para arcar com o ônus da sua aquisição não implica em ofensa ao princípio da igualdade, pois há evidente desigualdade material na comparação com os indivíduos hipossuficientes.

⁴³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, Ideología, Sociedad**. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-América, 1974, p. 67.

Ademais, a adoção desta sistemática para delimitar o direito de gratuidade às ações e serviços de saúde fornecidas pelo Estado não atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, é justamente com a sua implementação que será possível conferir dignidade a pessoas que não recebem tratamentos e medicamentos necessários em razão da falta de recursos públicos suficientes para atender às amplas demandas sociais a toda a população.

A Constituição Federal de 1988 conferiu demasiada importância à dignidade da pessoa humana a ponto de atribuir a esta densidade normativa, vez que determina critérios para a interpretação e integração das demais normas do sistema e é utilizada como fundamento normativo para as demais atividades estatais. Conforme analisado anteriormente, o princípio reflete uma qualidade intrínseca e distintiva que faz com que cada ser humano seja merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, de modo a garantir que não sofra qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como seja portador de condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁴³⁵

Por conseguinte, se, por um lado, aquele que passa a sofrer física ou psiquicamente diante da impossibilidade de financiar as despesas de determinado tratamento merece a atenção do Estado, sob pena de ser colocado numa situação de indignidade, por outro, o mesmo não ocorre com quem consegue arcar com o seu custo por conta própria, sem prejuízo do seu sustento ou de sua família. Logo, demonstra-se que a introdução de critérios de hipossuficiência econômica ou financeira não contraria o princípio da dignidade humana, mas sim permite a concessão de tratamentos médicos de forma digna, conforme a necessidade do indivíduo que os pleiteia.

Com base nos princípios expostos, demonstra-se, em primeiro, que o Estado, o indivíduo e a sociedade são responsáveis pela concretização de uma maior efetividade possível dos direitos fundamentais e, em segundo, que determinadas prestações positivas conferidas individualmente à pessoa, a exemplo de tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos a pacientes portadores de enfermidades, devem ser concedidas de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários.

A fim de averiguar a relação entre a efetivação dos direitos e a

⁴³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

vulnerabilidade de seus titulares, Whilelmi e Pisarello partem do pressuposto de que, na sociedade atual, nem todos os indivíduos ocupam a mesma posição e, por isso, não possuem as mesmas pretensões ou obrigações. Ainda que os direitos fundamentais sejam previstos nas Constituições como realizáveis genericamente a todos, percebe-se que são destinados, sobretudo, à parcela mais vulnerável da população. De modo similar, os deveres exigidos em contrapartida, mesmo sendo genéricos, são destinados especialmente aos indivíduos dotados de posição social, política ou econômica mais benéfica.⁴³⁶

A partir dessa concepção, infere-se que os direitos podem ser considerados como exigências dos sujeitos mais vulneráveis ou hipossuficientes frente àqueles mais fortes, ou seja, pretensões dos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade perante os detentores de poder.⁴³⁷

Assim, ao Estado caberia conferir a máxima efetividade ao direito fundamental à saúde, quando envolver prestações positivas individualizadas, se o demandante demonstrar a sua hipossuficiência. Importa destacar, sob essa ótica, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais como um pressuposto basilar a ser considerado pelo intérprete para a concretização das garantias previstas na Constituição Federal. A utilização desse princípio, além de diretriz interpretativa, consiste em comando incisivo para conferir validade ao disposto no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal.⁴³⁸

Nesse aspecto, importa ressaltar a distinção feita por Hesse entre o texto e a norma. Enquanto o texto consiste na positivação expressa feito pelo legislador em um instrumento formal, a norma aplica o conteúdo do texto normativo na realidade social a qual se insere. Ao intérprete cabe a tarefa de promover a concretização do mandamento normativo, segundo o conteúdo da norma, sua pré-compreensão e o caso concreto.⁴³⁹

Com o objetivo de promover-se a máxima efetividade das normas

⁴³⁶ PISARELLO, Gerardo; WHILELMI, Marco Aparicio. Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. In: PÉREZ, Jordi Bonet; Pérez; SÁNCHEZ, Víctor Manuel (org.) **Los derechos humanos em el siglo XXI: continuidad y cambios**. Barcelona: Huygens, 2007, p. 143.

⁴³⁷ PISARELLO, Gerardo; WHILELMI, Marco Aparicio. Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas. In: PÉREZ, Jordi Bonet; Pérez; SÁNCHEZ, Víctor Manuel (org.) **Los derechos humanos em el siglo XXI: continuidad y cambios**. Barcelona: Huygens, 2007, p. 143.

⁴³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora Ltr, 1999, p. 35-36.

⁴³⁹ HESSE, Konrad. A interpretação constitucional. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108-109.

constitucionais, é imprescindível que, durante a interpretação conferida a esta norma, seja adotada aquela que promova uma maior concretização aos direitos fundamentais. Para tanto, há a necessidade de criação de garantias sociais, políticas e jurídicas,⁴⁴⁰ que concedem as condições substanciais para o exercício dos direitos fundamentais, dentre eles, o direito à saúde.⁴⁴¹

Isso se justifica pois, enquanto os direitos de primeira dimensão são mais facilmente aplicáveis, os direitos prestacionais possuem maiores obstáculos à sua efetivação, vez que dependem de prestações positivas desempenhadas pelo Estado. Um dos principais motivos pelos quais esses direitos são de difícil concretização refere-se à natureza programática de suas normas instituidoras, bem como sua dependência do orçamento estatal.⁴⁴²

Ressalta-se ainda que o nível de efetividade dos direitos fundamentais não depende apenas do seu reconhecimento pelo Direito Constitucional positivo, nem do nível de eficácia jurídica, mas também do progresso econômico, distribuição de recursos e outros fatores.⁴⁴³ Para Sarlet, é possível atribuir uma presunção em favor da aplicabilidade das normas constitucionais que disciplinam os direitos e garantias fundamentais, de modo que eventual recusa de sua aplicação deve ser justificada, o que não se aplica às demais normas constitucionais. Logo, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena são a regra em relação aos direitos fundamentais e, caso isso não ocorra, deve haver a adequada justificativa, pois ao Poder Público incumbe conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.⁴⁴⁴

Desse modo, no momento em que se interpretam as normas constitucionais relativas ao direito fundamental à saúde, deve-se analisar qual das interpretações oferecerá a maior efetividade a esse direito, visando, sobretudo, a promover a garantia social acerca do atendimento de qualidade aos indivíduos carentes de

⁴⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119-120.

⁴⁴¹ No mesmo sentido, Jellinek, assim como Barroso, trata da necessidade de que existam garantias sociais, políticas e jurídicas para conferir efetividade ao Direito Público (JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 677-682).

⁴⁴² FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. São Paulo: Editora D'Plácido, 2020, p. 52-53.

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁴⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 279-280.

amparo estatal.

Conforme o entendimento de Whilelmi e Pisarello, se os indivíduos possuem direitos fundamentais, é correto afirmar que são obrigados a desempenhar, em contrapartida, o dever de contribuir para a sua concretização no ordenamento jurídico. Essa obrigação recai, em especial àqueles que possuem maiores meios e capacidades para realizá-los, vez que todos os direitos implicam em custos financeiros.

Portanto, utilizando-se a análise da efetivação do direito fundamental à saúde tendo como base o princípio da subsidiariedade, evidencia-se que a implementação de um modelo em que, segundo a gradação da capacidade econômica ou financeira, não houvesse uma gratuidade ampla, mas que sejam observados os recursos dos destinatários. Conforme exposto, essa análise mostra-se em conformidade com outros importantes princípios do ordenamento jurídico brasileiro, além de atender as teorias contemporâneas como a reserva do possível e a análise das escolhas trágicas.

3.4 OS DESAFIOS À IMPLEMENTAÇÃO DA SUBSIDIARIEDADE AO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Após a explanação acerca da aplicação dos princípios constantes no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o princípio da subsidiariedade, sustentou-se que considerar a saúde como um direito fundamental de caráter universal e gratuito a todos que vierem a pleitear determinado serviço ou tratamento médico prejudica a sua garantia àqueles que realmente necessitam de sua concretização. Em razão da escassez de recursos públicos para a promoção de serviços de saúde adequados a todas as pessoas, impõe-se a necessidade de mudanças estruturais no sistema unificado de proteção da saúde pública.

Nesse contexto, passa-se a analisar os desafios a serem enfrentados pela adoção de um novo modelo de implementação de serviços e concessão de tratamentos médicos e suas implicações. Tendo em vista tratar-se, sobretudo, de uma forma diferenciada de conceber esse direito, ainda que fundamentado na previsão constitucional e que confira maior efetividade, a alteração no sistema vigente deve ser precedida de uma análise pormenorizada de determinadas

circunstâncias, conforme será demonstrado a seguir.

Isso porque, com fundamento no princípio da reserva do possível, a efetivação dos direitos fundamentais depende diretamente da disponibilidade de recursos por parte do Estado, o que deve ser observado na estruturação de um sistema de saúde a fim de que se atenda à atual realidade. Todos os direitos, tanto os direitos de caráter prestacional quanto os direitos de defesa, implicam em determinados custos para o Estado.⁴⁴⁵

Assim, nenhum direito será considerado absoluto, pois dependerá da existência de recursos econômicos do poder público para serem realizados. Apesar de o direito fundamental à saúde relacionar-se à noção de dignidade humana e estar previsto expressamente na Constituição Federal, não se pode, com base neste argumento, considerá-lo como absoluto e ilimitado. Conforme ressaltam Schulze e Gebran Neto, o dever de prestar serviços de saúde de modo articulado e com a maior amplitude possível não pode sobrepor-se à realidade prática que condiciona o Poder Público.⁴⁴⁶

Ademais, conforme ressalta Dallari, o nível de saúde de um povo depende diretamente de seu nível de desenvolvimento econômico e cultural. Não é suficiente apenas a existência de serviços de saúde destinados à população, nem a previsão legal de normas acerca da saúde pública, se o Estado não atingiu um nível de desenvolvimento socioeconômico e cultural para usufruir de todos os recursos técnicos existentes e que o permitam atender a todas as demandas na prática.⁴⁴⁷

Busca-se demonstrar, com isso, que o Estado brasileiro garante em âmbito constitucional o direito fundamental à saúde e está regulada em lei que prevê de forma adequada a estruturação e organização do sistema de saúde vigente, mas que carece de efetividade diante da má qualidade dos serviços prestados à população. Nesse sentido, de pouco adianta uma previsão legal que atribua gratuidade ampla aos destinatários se, na prática, os serviços usufruídos por quem necessita não possuem a eficiência esperada.

De acordo com os fundamentos ressaltados acima, a aplicação do princípio da subsidiariedade, consubstanciado com outros princípios e também com a teoria

⁴⁴⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119-120.

⁴⁴⁶ GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 37-38.

⁴⁴⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 22, 1988, p. 330.

da reserva do possível, permite a construção de um modelo de saúde pública que leve em consideração a comprovação de alguns requisitos, dentre eles, a hipossuficiência financeira. A proposta que se busca sustentar é a inserção destes critérios para que sejam concedidos tratamentos médicos, medicamentos e serviços de saúde a pessoas que não possam arcar com seus custos, conforme algumas graduações, na medida de sua disponibilidade de recursos.

Nesse contexto, Haberle ressalta que o conteúdo, validade, modificação e também os limites das normas jurídicas apenas podem desenvolver-se de forma plena através da análise da tríade aberta envolvendo a possibilidade, a realidade e a necessidade. A correlação entre essas três variáveis ocorre na forma de etapas de pensamento que sucedem umas às outras, de modo que primeiro se avalia a realidade na qual a norma incidirá, para posteriormente buscar as possibilidades alternativas e, por fim, identificar as necessidades.⁴⁴⁸ Sob essa ótica, a alteração da lei em relação à gratuidade ampla para a concessão de tratamentos médicos atende a esses critérios, visto que é necessária para adequar-se à atual realidade fática, é uma alternativa possível para resolver o problema das diversas demandas existentes e é uma medida necessária, no sentido de conferir maior efetividade a esse direito fundamental.

Entretanto, cabe ressaltar que o modelo a ser aqui defendido acarretará uma alteração substancial no atual Sistema Único de Saúde (SUS), visto que se propõe uma reanálise acerca da gratuidade ampla prevista no artigo 43 da Lei 8.080/90. Por conseguinte, uma mudança que influencia no sistema vigente necessita observar adequadamente os procedimentos a serem adotados, tais como a legalidade, a transparência e a participação social, a fim de atender aos interesses da sociedade segundo os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

As políticas públicas de saúde, em regra, devem propor-se a alcançar três objetivos centrais: 1) a equidade, de modo que os cidadãos devem ter acesso a um conjunto mínimo de serviços de saúde de forma adequada; 2) a eficiência técnica, maximizando o resultado dos cuidados e o atendimento das necessidades dos pacientes por um custo mínimo; 3) a eficiência econômica ou distributiva, requisito fundamental para o presente estudo, sendo necessária a utilização de mecanismos

⁴⁴⁸ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 55.

aptos a limitar as despesas, para que o Estado não seja inibido da realização de serviços adequados a todos os cidadãos.⁴⁴⁹

Em conformidade com o capítulo anterior, no qual se tratou acerca da estrutura e organização do SUS, os artigos 196 e 198 da Constituição Federal estabelecem como suas características o atendimento integral, universal e igualitário da população. Portanto, em sede constitucional, conclui-se que não há menção à gratuidade dos serviços oferecidos, o que foi previsto apenas posteriormente, com a edição da Lei nº 8.080/90, responsável pela regulação do atual sistema de saúde.

Portanto, não há que se falar em uma interpretação contrária à Constituição Federal, vez que a restrição da gratuidade prevista em lei não altera as características atribuídas em sede constitucional ao direito fundamental à saúde. Ressalta-se que a concessão de tratamentos gratuitos apenas aos indivíduos que comprovem sua hipossuficiência financeira não abala a universalidade dos serviços prevista no artigo 196. É que, enquanto a universalidade refere-se ao fato de todos os cidadãos terem acesso às ações e serviços de saúde, tanto públicos quanto privados, a gratuidade corresponde à ausência de custos para o usuário no momento de beneficiar-se do serviço.

Independentemente de ser um serviço de saúde gratuito ou não, o direito fundamental à saúde propriamente dito ainda será considerado como universal, visto que todos os cidadãos do país deverão ter acesso, segundo garante a norma constitucional. Disso resulta que a construção de um novo modelo baseado na capacidade financeira dos destinatários não abala as características constitucionais atribuídas ao direito fundamental à saúde, visto que o acesso permanecerá universal, integral e igualitário, apenas sendo modelada a gratuidade. Do mesmo modo, não há que se falar em ofensa à cláusula pétrea prevista no artigo 60, §4º, IV, da Constituição Federal⁴⁵⁰, pois, conforme ressaltado, não haverá abolição ou sequer redução de direitos e garantias individuais.

Haja vista que a característica sobre a qual se discute na presente pesquisa, ou seja, a gratuidade, não está prevista na Constituição Federal, não há imposição em se observar o procedimento mais rigoroso de mudança da norma via Emenda

⁴⁴⁹ SIMÕES, Jorge. **Retrato Político da Saúde**: dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho. São Paulo: Almedina, 2005, p. 46-47.

⁴⁵⁰ Artigo 60, “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.”

Constitucional, segundo prevê o artigo 60, caput e §2º⁴⁵¹. A inclusão de outros critérios para regulamentar as ações de saúde é possível por meio do procedimento destinado às leis comuns, consoante os artigos 66 e 67 da Constituição Federal, vez que a alteração se dará na Lei 8.080/90, especificamente no que consiste à sua gratuidade.

Além disso, é essencial destacar que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, conforme estabelece o artigo 196 do texto constitucional. Porém, deve-se considerar ainda o fato de que o §2º, do artigo 2º, da Lei 8.080/90⁴⁵² ressalva que, embora seja dever do Estado garantir a saúde pública mediante a execução de políticas públicas e sociais que assegurem o acesso universal e igualitário, isso não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isso significa que não cabe apenas ao Poder Público conferir assistência de saúde a todos os cidadãos indistintamente, de modo que a responsabilidade deve ser compartilhada com a própria coletividade.

Da leitura do artigo 197 da Constituição Federal⁴⁵³, infere-se que cabe ao Poder Público dispor sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, sendo que a execução pode ser feita diretamente ou através de terceiros. Em que pese atualmente a iniciativa privada tenha função complementar, por meio do oferecimento de planos de saúde, pode-se extrair desse dispositivo a interpretação no sentido de que o serviço público de saúde não deve ser universalmente responsável pelo atendimento gratuito das diversas demandas existentes perante o Estado. Seria possível atribuir ao próprio indivíduo, mediante a contratação de planos privados ou o pagamento com seus próprios recursos, o ônus de arcar com seus tratamentos, reservando àqueles hipossuficientes a prerrogativa de utilizar o sistema público e gratuito de saúde.

É nesse sentido que, para Leal, as demandas de saúde devem ser

⁴⁵¹ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”

⁴⁵² Artigo 2º, “§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

⁴⁵³ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

apreciadas e ponderadas diante de dois aspectos: 1) qualitativo-normativo-constitucional, por ser um direito fundamental assegurado à sociedade e compartilhada entre os entes envolvidos; 2) quantitativa-orçamentária, diante da disponibilidade material limitada para o acolher demandas cada vez mais ilimitadas no ordenamento jurídico. O primeiro aspecto é a base do direito fundamental à saúde, enquanto o segundo é condição para a sua efetivação, de modo que ambos devem ser analisados para a sua concretização.⁴⁵⁴

Nessa perspectiva, sem promover uma alteração no texto constitucional, é possível se estabelecer, mediante lei, uma gradação da contribuição, de modo que determinados indivíduos passam a também ser incumbidos do ônus de arcar com seus tratamentos de saúde. A proposta é estabelecer uma forma de que os usuários, conforme sua capacidade financeira, contribuam para a manutenção de um sistema de qualidade e que garanta, na prática, esse direito fundamental.

Ressalta-se que deverá ser estabelecido, de acordo normas previstas em lei, a divisão entre determinadas camadas sociais e o nível de contribuição de cada uma delas para o sistema de saúde, conforme a sua disponibilidade de recursos. Os indivíduos hipossuficientes economicamente, na medida em que não estão aptos a arcar com os custos do tratamento pleiteado, podem obtê-los sem a necessidade de contribuição, enquanto aqueles aptos a arcar com esse ônus deverão contribuir.

A fim de construir um modelo progressivo e que leve em consideração a possibilidade de contribuição do beneficiário nesse sistema, seria realizada uma tabela de gradação dos grupos sociais conforme a renda percebida pelo conjunto familiar, de modo que cada um contribui de acordo com a faixa de renda a que se insere. A título de exemplo, considere-se que três indivíduos pleiteiam um tratamento médico no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais): o primeiro recebe cerca de R\$1.000,00 (mil reais) mensais; o segundo recebe cerca de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mensais; e, por fim, o terceiro recebe um salário mensal de R\$ 15.000,00 (quinze mil) reais. De acordo com a renda obtida por cada um, conclui-se, a princípio, que o primeiro indivíduo teria seu sustento prejudicado em razão do ônus envolvendo o tratamento, devendo ser concedido de forma gratuita pelo Estado. O segundo possui uma renda média, de forma que poderia contribuir para arcar com

⁴⁵⁴ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 25, jul./set. 2006, p. 33.

uma pequena parcela do tratamento, a ser estabelecido em lei. No mesmo sentido, o terceiro possui condições financeiras que o permitiria custear uma porcentagem significativa com seus próprios recursos.

Cabe destacar que um indivíduo que percebe uma renda mensal muito baixa, considerando-se, em caráter exemplificativo neste trabalho, como aquele que percebe até um salário-mínimo, dificilmente poderá arcar com quaisquer medicamentos e tratamentos médicos sem comprometer suas necessidades básicas. Ao passo que quando os rendimentos mensais aumentam, o indivíduo poderá contribuir com o custo de alguns tratamentos de forma parcial ou arcá-los substancialmente por conta própria, conforme suas condições financeiras.

Será considerado neste trabalho, para fins de definição dos indivíduos a serem beneficiados pela fruição de serviços de forma gratuita, a sua capacidade financeira, entendendo-se este como o critério mais viável para a aferição da sua disponibilidade de recursos. Ressalva-se, contudo, que poderá ser considerada eventualmente a capacidade econômica do beneficiário do serviço de saúde, haja vista que, em determinados casos, pode ocorrer de a capacidade financeira, por si só, não ser suficiente para definir a necessidade de concessão na forma gratuita. Em síntese, deve-se avaliar inicialmente a capacidade financeira das pessoas que requerem o serviço e, caso não seja suficiente averiguar apenas com base nesse critério, analisar-se-á a capacidade econômica.⁴⁵⁵

Recentemente, foram proferidas algumas decisões judiciais que, considerando a judicialização excessiva em relação à concessão de medicamentos e tratamentos médicos, passaram a incluir determinados critérios para diminuir a quantidade de litígios. Assim, serão analisados em seguida alguns casos levados à apreciação do Poder Judiciário, seus avanços em relação ao modelo vigente e quais são os desafios a serem enfrentados.

⁴⁵⁵ Cabe ressaltar que os termos capacidade econômica e financeira, embora pareçam similares em teoria, são distintos. Nessa pesquisa, considera-se como capacidade financeira os rendimentos e despesas das pessoas analisadas, ou seja, a disponibilidade de recursos para liquidar suas dívidas. Em regra, a expressão denota a renda obtida mensalmente pelas pessoas por meio de remuneração salarial ou de outra origem. A capacidade econômica, de outro modo, refere-se ao seu patrimônio, isto é, a quantidade de bens ativos. As expressões estão relacionadas, mas pode ocorrer de um indivíduo não ter capacidade financeira, mas ter capacidade econômica suficiente para arcar com os medicamentos pleiteados. Isso ocorre, por exemplo, quando o salário por ele percebido é baixo, mas possui diversos bens em seu nome em decorrência de uma herança recebida ou de um patrimônio adquirido ao longo da vida, quando gozava de maior poder aquisitivo.

Nessa linha de abordagem, constatou-se uma evolução, embora parcial, por ocasião do julgamento do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR) nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), em 09/11/2016. Entendeu este Tribunal que para a concessão judicial de remédios ou tratamentos constantes das listas oficiais do SUS, faz-se necessário, tão somente, que seja atestado por médico e demonstrado que ocorreu a negação no seu fornecimento pelos órgãos públicos de saúde. De modo diverso, em se tratando de medicamento ou tratamento não padronizado pelo SUS, devem ser observados, requisitos adicionais, destacando-se a demonstração de hipossuficiência financeira do requerente.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO. 1. Teses Jurídicas firmadas: 1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF). 1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica.⁴⁵⁶

O Supremo Tribunal Federal (STF), durante decisão proferida em sede de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, logo após as discussões sobre a concretização do direito à saúde na Audiência Pública nº 4, também estabeleceu alguns requisitos para a concessão de medicamentos e assistência farmacêutica na esfera judicial. Na ocasião, destacou-se que devem ser diferenciadas as situações em que há uma política pública estatal que abrange a prestação de saúde pleiteada pela parte, hipótese em que o judiciário deve intervir para o cumprimento da omissão ou prestação ineficiente. Caso contrário, o juiz deve verificar se a prestação de saúde está prevista no rol do SUS ou se o tratamento é apenas experimental, caso

⁴⁵⁶ SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Grupo de Câmaras de Direito Público. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 0302355-11.2014.8.24.0054/5000. Relator: Desembargador Ronei Danielli, Florianópolis, julgado em 9 nov. 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1100504FE0000&processo.foro=54&uuidCaptcha=sajcaptcha_116141d50a9f41ff9a26d36b005d0c0e>. Acesso em: 20 out. 2018.

em que o Estado não está obrigado a fornecer o tratamento.⁴⁵⁷

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se acerca da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos em caráter excepcional, ou seja, aqueles não contemplados na Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde⁴⁵⁸, e os requisitos a serem analisados. Em recente decisão proferida em agosto deste ano, entendeu o tribunal superior que o poder público é obrigado a fornecer medicamentos que não constam no referido ato normativo, desde que presentes os seguintes requisitos: laudo médico que comprove a necessidade do produto; incapacidade financeira do paciente e registro do medicamento perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). A decisão foi proferida pelo tribunal nos seguintes termos:

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. (...) 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos 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

⁴⁵⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 CE, Relator: Presidente Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 20 out. 2018. No mesmo sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso estabeleceu critérios para a concessão de medicamentos na via judicial, para aqueles constantes ou não no rol do SUS, no RE nº 566.471, proferido em 28/09/2016, o qual se encontra atualmente suspenso. Para maiores informações, ver: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/09/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf?x48657>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁴⁵⁸ A portaria citada traz uma lista de medicamentos que devem ser adquiridos pelos entes federativos e fornecidos em nível de assistência farmacêutica e atenção básica (BRASIL. **Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009**. Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html>. Acesso em: 25 fev. 2021).

prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.⁴⁵⁹

A partir da análise desses casos, percebe-se uma tendência, ainda que inicial, em se reconhecer critérios relacionados à demonstração de hipossuficiência econômica ou financeira para arcar com os custos dos tratamentos médicos pleiteados perante o Poder Judiciário. Em ambas as decisões judiciais transcritas, houve uma alteração substancial no posicionamento dos tribunais. O posicionamento do STJ foi inclusive consagrado em sistema de precedentes repetitivos sob o número 106, consagrando essa nova diretriz em âmbito nacional. Enquanto anteriormente se considerava que qualquer tratamento médico deveria ser concedido ao indivíduo, diante da garantia do direito fundamental à saúde previsto em sede constitucional, os precedentes passaram a inserir a comprovação da capacidade do destinatário de adquiri-lo com seus próprios recursos.

Ademais, de modo semelhante, o Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente reconheceu, no informativo 841, que:

[...] o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade (adequação e necessidade), da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.⁴⁶⁰

As decisões mencionadas mostram-se como importantes fatores para a mudança de perspectiva em relação à gratuidade ampla tradicionalmente conferida ao direito fundamental à saúde. Contudo, o IRDR do Estado de Santa Catarina e o recente precedente do STJ acabaram por criar uma distinção não concedida expressamente em lei entre medicamentos incorporados e não incorporados ao SUS, devendo a hipossuficiência econômico-financeira ser comprovada apenas em relação aos últimos.

Cabe ressaltar que, nestas decisões judiciais, os tribunais apenas condicionaram a fruição do serviço de saúde à verificação da capacidade econômica

⁴⁵⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, julgado em 25 abril 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁴⁶⁰ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 5666.471** Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 11 mar. 2020.

ou financeira nos casos de medicamentos não previstos no rol do SUS. Nos demais casos, em que o tratamento estiver incorporado na referida lista, o Poder Público deve concedê-lo independentemente desse requisito.

Conquanto na maioria das vezes se utilize como fonte de argumentação a gratuidade ampla e irrestrita do direito fundamental à saúde, visualiza-se um crescente emprego das teorias dos custos dos direitos e da reserva do possível, a fim de relativizar a concessão de tratamentos médicos.⁴⁶¹ Frequentemente se verificam ainda argumentos de ordem utilitarista nas razões decisórias, com base nas ações que promovam o maior benefício à coletividade.⁴⁶²

Em que pese a relevância destes entendimentos para a paulatina modificação na concepção atual acerca do sistema público de saúde, defende-se no presente trabalho que a análise acerca da hipossuficiência econômica ou financeira deve fundamentar todos os pedidos, sejam em âmbito judicial ou administrativo, de medicamentos e tratamentos médicos, a fim de construir-se um novo sistema que confira maior efetividade à população.

Além disso, a tese firmada pelos tribunais superiores apenas iniciou a surtir seus efeitos na jurisprudência brasileira, ainda não sendo totalmente adotada pelos demais tribunais, tendo em vista serem decisões ainda recentes e versarem sobre uma alteração substancial em relação ao entendimento tradicional acerca do direito fundamental à saúde.⁴⁶³

⁴⁶¹ ROCHA, Glenyo Cristiano. **Judicialização da Política e Efetivação de Direitos Fundamentais:** sob a perspectiva da tutela da saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 81-83.

⁴⁶² Como exemplo, cita-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no qual o pleito do requerente pela obtenção de medicamento em face do município foi negado sob a seguinte fundamentação: “se um município pequeno for compelido a fornecer medicamentos de alto custo para toda a sua população (universalidade do SUS), suas finanças não resistirão, e aí o princípio que visa preservar a vida poderá ter consequências drásticas para outros cidadãos não atendidos, o que não se deseja [...]. Sob pena de esgotar-se o orçamento de um pequeno município – que no caso tem pouco mais de 5.000 habitantes – no atendimento de uma ou poucas pessoas, em detrimento da maior parcela de sua população.” (PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Agravo de Instrumento 14541536 PR, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Rogério Ribas, julgado em: 22 mar. 2016).

⁴⁶³ O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, proferiu em 2018 decisão no sentido de que se atribui ao Poder Público a “obrigatoriedade de fornecer medicamentos e/ou insumos e tratamentos à população, de forma regular e constante, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários ou de listas oficiais por ele elaboradas ou de questionamento referente à hipossuficiência econômica” (SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 1029504-81.2017.8.26.0602. Orvílio Rodrigues dos Santos e Prefeitura Municipal de Sorocaba. Relator Desembargador Aliende Ribeiro. São Paulo, julgado em 2 abril 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuid=Captcha=sajcaptcha_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&v1Captcha=syuRU&novoVICaptcha>. Acesso em: 26 fev. 2021).

Por outro lado, verifica-se que a jurisprudência hodierna vem incorporando aos poucos esse posicionamento. A título de exemplo, cita-se caso em que a Sexta Turma Recursal de Lages, no julgamento de recurso inominado interposto contra sentença de improcedência em relação à concessão de tratamento médico. Na situação narrada, a autora requereu o fornecimento mensal do medicamento *Clexane 40mg*⁴⁶⁴, mas, conforme atestado pelo conjunto probatório constante dos autos, esta possui condição financeira suficiente para obtê-lo por conta própria, tendo em vista que as condições de vida e o patrimônio acumulado. Por tais razões, o tribunal negou o referido pedido, utilizando como fundamento a possibilidade de a própria requerente arcar com o ônus decorrente do tratamento.⁴⁶⁵

Ressalta-se ainda a atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS), que possui jurisprudência reiterada no sentido de que o direito fundamental à saúde deve ser conjugado com critérios de disposição financeira para aquisição do tratamento requerido por conta própria, o que foi reconhecido, inclusive, por meio da edição de lei estadual, conforme se verá adiante. Dentre as diversas decisões proferidas nesse sentido, cabe trazer recente apelação julgada pelo TJ/RS em que um casal pleiteava a concessão do medicamento *Venvaneze 30mg* para o tratamento de seu filho, portador de Transtorno de Déficit de Atenção. O tribunal manteve a sentença de improcedência já proferida em primeira instância, sob o argumento de que não foi comprovada a incapacidade aquisitiva do requerente, pois o medicamento representava apenas 4% (quatro por cento) da renda familiar

⁴⁶⁴ Conforme narrado nos autos, o referido medicamento representa um custo mensal de R\$1.470,00 (mil quatrocentos e setenta reais).

⁴⁶⁵ Uma das particularidades deste caso refere-se ao fato de que a autora declarou que recebe mensalmente a quantia de R\$2.800,00 (dois mil e oitocentos) reais mensais. Porém, ao analisar o seu estilo de vida e computando-se a renda de todo o núcleo familiar, concluiu a turma recursal por manter a sentença de improcedência, em razão da não comprovação da hipossuficiência econômica ou financeira. Segundo ressaltou o próprio magistrado de primeiro grau, “tendo em vista que a autora possui situação financeira econômica confortável, que o custo do medicamento não é exorbitante frente às condições financeiras da requerente e que, além de tudo isso, a demandante possui plano de saúde particular que, ao que tudo indica, jamais lhe negou atendimento, tenho que o pedido inicial formulado deve ser julgado improcedente, revogando-se, por consequência, a medida liminar deferida”. (SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Sexta Turma de Recursos de Lages. Recurso Inominado nº 0003775-21.2013.8.24.0035. Relatora Juíza Gisele Ribeiro. Lages, julgado em 27 set. 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAAw8AAJ&categoria=tr5>. Acesso em: 26 fev. 2021).

mensal, consubstanciado com o fato de que possuem extenso patrimônio.⁴⁶⁶

Embora ainda se observem algumas ressalvas na jurisprudência dos tribunais brasileiros acerca da inclusão da capacidade financeira como critério para a delimitação dos serviços de saúde a serem concedidos, as teses firmadas pelo TJ/SC, STJ e STF contribuíram para uma nova percepção do direito fundamental à saúde no âmbito do Poder Judiciário. Ainda não é pacífica a aplicação deste posicionamento, mas constata-se um avanço em relação às decisões judiciais proferidas, o que pode influenciar em uma modificação da concepção acerca do SUS.

Tais decisões judiciais mostram-se, ainda, como adequadas conforme as noções de eficiência e escassez abordadas pela Análise Econômica do Direito, a teoria dos custos dos direitos e a teoria da reserva do possível. Isso porque corroboram a ideia de que o direito fundamental à saúde implica em custos positivos ao Estado, que devem ser ponderados ao elaborar-se uma política pública de distribuição desses bens e serviços limitados à população, que apresenta anseios ilimitados. Torna-se necessário estabelecer novas diretrizes no modelo atualmente vigente, a fim de garantir esse direito de forma eficiente aos indivíduos, sem prejuízo ao interesse da coletividade.

As decisões judiciais proferidas são positivas, mas importa observar que o melhor caminho para a definição de critérios objetivos para a modulação da gratuidade, segundo os pressupostos do princípio da subsidiariedade, é por meio da atuação do Poder Legislativo, mediante a edição de norma infraconstitucional. Nessa perspectiva, merece destaque a aprovação da Lei nº 9.908/93⁴⁶⁷ pelo Estado do Rio Grande do Sul que dispôs sobre o fornecimento gratuito de medicamentos

⁴⁶⁶ O juiz de primeiro grau sustentou que em razão da “comprovação de que, juntos, os pais do autor têm renda mensal que atinge quase 09 (nove) vezes o valor do salário mínimo nacional, bem como que o valor do medicamento, no último pedido de bloqueio, representava menos de 4% (quatro por cento) da renda familiar, mostra-se que era plenamente possível aos genitores do autor, desde o ajuizamento da demanda, fornecer tal fármaco ao filho”, posicionamento também adotado pelo relator (RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70076216977. Relator Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, julgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Juсти%Е7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076216977&num_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 fev. 2021).

⁴⁶⁷ O art. 1º da Lei nº 9.908/93 estabelece: “Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.”

excepcionais de uso contínuo e indispensáveis à vida do paciente, apenas às pessoas que comprovem insuficiência econômica ou financeira para arcarem com os seus custos.

Diante do exposto, conclui-se que os desafios a serem enfrentados pela aplicação da subsidiariedade ao direito fundamental à saúde são, sobretudo, de ordem cultural e operacional. Em decorrência da maior relevância conferida às constituições e, conseqüentemente, a importância atribuída à atuação do Poder Judiciário, a população brasileira está habituada a considerar que o Estado deve conferir todo e qualquer tipo de assistência à população, com base nos direitos fundamentais, sendo que a negativa será questionada perante o Poder Judiciário.

Essa visão culturalmente estabelecida no país, consubstanciada com o entendimento predominante no sentido de garantir a saúde de modo gratuito a todos, gera a insuficiência financeira de atender a todas essas demandas e a baixa efetividade dos serviços oferecidos aos indivíduos hipossuficientes. Outrossim, as dificuldades na estrutura e organização de um novo sistema de saúde podem ser enfrentadas mediante a edição de lei que estabeleça especificamente os critérios a serem considerados, as faixas de rendas e os custos dos tratamentos médicos a serem oferecidos.

Desse modo, buscou-se demonstrar, a partir da aplicação dos princípios previstos no ordenamento jurídico, em especial a subsidiariedade, além dos conceitos da Análise Econômica do Direito, que o direito à saúde é um direito de todos e uma responsabilidade solidária dos entes da federação, mas que pode ser modulado de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários, a fim de conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos conceitos tratados nesta dissertação, compreende-se o modo como o ordenamento jurídico brasileiro busca proteger e assegurar a saúde como uma garantia universal e igualitária para todos os cidadãos, sendo dever do Estado fornecer subsídios para que todos tenham acesso de forma adequada. Conforme a previsão constitucional, deve-se atentar para que todos sejam formalmente atendidos por tal garantia, mas há, por outro lado, a falta de efetividade da norma constitucional que assegura a saúde pública a todos, em razão dos limites orçamentários enfrentados pelo Poder Público.

Outrossim, atualmente intensificou-se um protagonismo judicial que convergiu para uma judicialização das decisões políticas, em que o Poder Judiciário passou a decidir e exigir que os entes estatais realizem prestações positivas de direitos fundamentais. Ocorre que as decisões judiciais que procuram dar concretude a cada caso individualmente conflitam com os direitos fundamentais da sociedade, considerando que os recursos são escassos e há necessidade de o Estado atender igualitariamente às demandas sociais.

Embora seja justa a proteção judicial conferida ao particular que não recebe o amparo estatal, diante de pedido relacionado ao direito à saúde, é inegável que a ausência de parâmetros concretos e delineados de forma a proporcionar soluções igualitárias, tem conduzido a um estado de descontrole, se considerado que a utilização desse direito por pessoas individualizadas afeta o direito de todos.

Haja vista o modelo adotado no contexto atual, a amplitude e extensão de sua aplicação, bem como a obrigação do ente estatal em conceder meios para seu uso gratuito a todos, não há uma efetiva concretização do direito fundamental à saúde, em níveis adequados, uma vez que aqueles que propriamente necessitam fruir deste direito, muitas vezes ficam impossibilitados de obter, por exemplo, tratamento médico, atendimento hospitalar ou fornecimento de medicamentos.

Buscou-se sustentar, sobretudo, que essa sistemática viola o princípio da subsidiariedade, ao conceder tratamentos médicos a indivíduos que poderiam obtê-los por conta própria. A partir do princípio da subsidiariedade, utilizaram-se ainda outros fundamentos para fortalecer essa argumentação, como os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além da análise

econômica do direito, teoria da reserva do possível, das escolhas trágicas e dos custos dos direitos.

Esses fundamentos permitem afirmar que a caracterização da saúde como um direito gratuito a todos atribui demasiada generalidade ao dispositivo constitucional, pois prejudica o direito daqueles que efetivamente carecem dos recursos necessários para usufruí-los. O acesso à saúde, mediante um modelo de gratuidade ampla, contemplando inclusive aqueles que possuem recursos suficientes para custeá-la, está em desconformidade com o princípio da subsidiariedade, tendo em vista o preceito de que o ente estatal deve intervir em assuntos concernentes aos indivíduos apenas de forma secundária, conforme as necessidades fáticas.

A necessidade de uma mudança estrutural em relação à gratuidade prevista pela Lei 8.080/90, no âmbito do SUS, é justificada pelo panorama vivenciado constantemente por grande parte da população brasileira. Os dados mencionados anteriormente comprovam a atual crise no sistema de saúde, em decorrência de falta de recursos para contratação de novos médicos, aquisição de medicamentos e de equipamentos de qualidade para o atendimento dos pacientes. Diante desse cenário, os indivíduos carentes economicamente e que necessitam de tratamentos e atendimentos médicos de forma gratuita, apesar da garantia do direito à saúde previsto em sede constitucional, são impossibilitados de obtê-los de forma eficiente.

A aplicação do princípio da subsidiariedade permite a interpretação de que o direito à saúde é um direito de todos e uma responsabilidade solidária dos entes da federação, mas que pode ser modulado de acordo com a capacidade econômica ou financeira dos seus destinatários. Do mesmo modo, o modelo adequa-se ao princípio da solidariedade social, vez que não somente ao Estado, mas também ao indivíduo recai a responsabilidade por conferir maior efetividade ao direito fundamental à saúde.

A mesma conclusão se infere a partir da adequação ao princípio da dignidade humana, pois é restringindo-se a gratuidade financeira apenas à parcela da população que não pode custear os serviços de saúde que será possível oferecer um tratamento digno e efetivo, concretizando o direito fundamental à saúde à coletividade. Essa proposta adequa-se ao princípio da igualdade, visto que conceder medicamentos e tratamentos médicos apenas às pessoas comprovadamente hipossuficientes leva em consideração os pressupostos da igualdade material, ou

seja, as desigualdades existentes em relação a um indivíduo que não possui capacidade de arcar com os ônus de sua aquisição.

Da própria reserva do possível, segundo a qual, a partir da efetivação de determinados direitos, surgem, em contrapartida, custos para o poder público, decorre que o Estado deve avaliar critérios econômicos ao conceder tal garantia ao indivíduo. A teoria das escolhas trágicas permite afirmar, da mesma forma, que a escolha por um modelo de saúde que conceda gratuidade irrestrita gera uma alocação de bens escassos que dependem diretamente dos recursos econômicos do Poder Público, o que prejudica a concretização desse direito fundamental.

Ademais, considerando-se uma análise econômica do direito fundamental à saúde, torna-se evidente que a sua implementação depende de um modelo que assegure atendimento àqueles que efetivamente necessitam de tratamentos médicos de acordo com suas condições econômicas e financeiras. Promover um sistema universal e totalmente gratuito proporciona um imenso dispêndio de recursos para o Estado, mas pouca efetividade aos cidadãos, sendo necessário estabelecer critérios para a sua fruição apropriada.

Para atingir esse objetivo, entende-se que há possibilidade de a referida modulação ser definida por legislação ordinária, estabelecendo critérios objetivos que permitam identificar, por meio de elementos comprobatórios da capacidade econômica ou financeira, quem necessita do amparo dos poderes públicos e quem consegue por seus próprios meios ter acesso às ações e tratamentos relacionados à saúde.

O tema é complexo e existem diversas controvérsias em relação ao assunto, visto que a saúde trata de esferas muito valiosas do ser humano, dentre elas, a sua própria vida. Porém, é preciso reconhecer que se, por um lado, a previsão legal de uma gratuidade universal é louvável em teoria, na prática, essa norma é constantemente descumprida o que, inclusive, prejudica a concretização desse direito fundamental na forma como previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

Diante dos fundamentos expostos no desenvolvimento desta pesquisa, a partir da aplicação de tais preceitos, entende-se que será possível efetivar o direito à saúde no sentido de possibilitar que o Estado atue como um agente capaz de fornecer efetivamente as prestações sociais a quem delas necessita. Neste sentido, os poderes públicos passariam a conceder serviços e tratamentos de saúde à sociedade de forma eficiente e com qualidade, o que na atualidade ainda se afigura,

em parte, como uma promessa não cumprida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

- AARON, Henry Jacob; SCHWARTZ, William Benjamin. **The Painful Prescription: rationing hospital care**. Wahsington: The Brookings Institution, 1984.
- ABRAHAM, Thomas. **Twenty-First Century Plague: The Story of SARS**. Baltimore: John Hopkins University Press, 2005.
- AGESTA, Luis Sánchez. **El principio de función subsidiaria**. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 121, jan./fev. 1962.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALTHUSIUS, Johannes. **Política**. Rio de Janeiro: Liberty Fund; Topbooks, 2003.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Quarter Latin, 2010.
- AMERICAN COUNCIL OF AGIND. Medicaid Eligibility: 2020 Income, Asset & Care Requirements for Nursing Homes & Long-Term Care. Disponível em: <<https://www.medicaidplanningassistance.org/medicaid-eligibility/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.
- ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2009.
- ARRUDA, Thaís Nunes de. **Juízes e casos difíceis: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin**. Curitiba: Editora Juruá, 2014.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à Saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**. Curitiba: Juruá, 2013.
- ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.
- ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre principios y reglas, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Doxa, n. 10, p. 101-120, 1991.
- ÁVILA, Ana Paola Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. Curitiba, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abril 2018.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo social Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v. 1, n. 2, 1989.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Editora

Fórum: Belo Horizonte, 2006.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University, 2006.

BARBOSA, Claudia Maria; ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da. O papel dos precedentes para o controle do ativismo judicial no contexto pós-positivista. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, número especial, p. 115-133, 2015.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. São Paulo: JG Editor, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdo mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

_____. (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, n. 96, v. 12, p. 5-43, fev./mai. 2010.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov. 2017.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista (Syn)thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O novo Direito Constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, H.; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de Derecho Constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996.

BERNABÉ, Ellen do Socorro Barbosa Nogueira. **Análise Econômica do Direito à Saúde**: o caso do Estado do Pará. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BIDGOOD, Alliot; CLARKE, Emily. **Healthcare Systems**: France. Based on the 2001 Civitas Report by David Green and Benedict Irvine. Disponível em: <<http://www.civitas.org.uk/content/files/france.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Unb, 2004, v. 1.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Unb, 1995.

BOBBIT, Philip; CALABRESI, Guido. **Tragic Choices**. Nova Iorque: W. W. Norton &

Company, 1978.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. El principio de la solidaridad y los derechos humanos de naturaleza ambiental. In: LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité**. Paris: Editeur LGDJ, 1993.

BORTOLOTO, Franciane Woutheres; Schwartz, Germano. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle de políticas públicas sanitárias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 177, p. 257-264, jan./mar. 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Tonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

_____. **Advocacia Geral da União**. Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da justiça federal e apontamentos na seara das justiças estaduais. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Judicialização da Saúde no Brasil: dados e experiências. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.ppd>>. Acesso em: 5 maio 2021.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, p. 93. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Decreto nº 27.664, de 30 de Dezembro de 1949**. Regula o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-27664-30-dezembro-1949-340344-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

_____. **Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923**. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4682-24-janeiro-1923-538815-publicacaooriginal-90368-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966**. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10072.htm>. Acesso em: 18 jun. 2021.

_____. **Lei Federal nº 1.261.** Torna obrigatorias, em toda a Republica, a vacinação e a revaccinação contra a variola. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1900-1909/lei-1261-31-outubro-1904-584180-publicacaooriginal-106938-pl.html>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977.** Institui o sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6439.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **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>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1996.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 25 jun. 2021.

_____. **Portaria nº 2.982, de 26 de novembro de 2009.** Aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html>. Acesso em: 25 out. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, julgado em 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 5666.471. Rio Grande do Norte. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 11 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, Relator: Presidente Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em 16 jun. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, julgado em: 22 dez. 2008. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19137159/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-198-mg-stf>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE.

Relatora: Ministra Ellen Gracie, Brasília, julgado em: 12 mar. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.657.156 RJ 2017/0025629-7. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, julgado em 25 abril 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRIGHAM, Karen Berg; CHEVREUL, Karine; QUEVEDO, Cristina Hernández; ZALESKI, Isabelle Durand. France: health system review. **Health Systems in Transition**, Copenhagen, v. 17, n. 3, 2015. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/65775/1/Hernandez_France%20health%20system%20review_Author_2016.pdf> Acesso em: 2 abr. 2021.

BRITTO, Melina Carla de Souza. **Efetivação dos direitos fundamentais sociais: a reserva do possível e os custos dos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BUSSINGUIER, Elda Coelho de Azevedo; SOUZA, Sâmela Cristina de. Uma análise comparada entre os sistemas de saúde brasileiro e chileno a luz do princípio bioético da solidariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 99, jan./fev. 2017, p. 6-7.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANÃS, Antonio Gordillo. Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuentes del Derecho. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 2, p. 469-516, 1988.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999

_____. **Proceso, Ideología, Sociedad**. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-América, 1974.

CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 27, n. 78, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/02.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2018.

CARRERA, Boixareu Angel. El principio de subsidiariedade. **Revista de Instituciones Europeas**, Madri, n. 21, p. 771-808, set./dez. 1994.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

CENTRO NACIONAL DE FÉ E POLÍTICA DOM HELDER CÂMARA – CEFEP. **Carta Encíclica “Mater et Magistra”**. Disponível em: <<http://www.cefep.org.br/carta-enciclica-de-joao-xxiii-mater-et-magistra/>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Governo gasta R\$3,89 ao dia na saúde de cada brasileiro**. Levantamento do CFM avalia gasto per capita em saúde pública; indicadores mostram que valores aplicados pelos municípios sofreram queda de mais de R\$ 10 bilhões. 2016. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25985:2016-02-18-12-31-38&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CFM. Conselho Federal de Medicina. **Gasto público em saúde no Brasil é o 3º pior das Américas**. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27051:2017-07-17-15-55-15&catid=3>. Acesso em: 15 jan. 2021.

CHADE, Jamil. **Porcentual de orçamento para a saúde no Brasil é próximo ao do africano**: gastos do governo na área estão abaixo da média mundial e famílias brasileiras, entre as que mais precisam pagar por atendimento. Disponível em: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,porcentual-de-orcamento-para-a-saude-no-brasil-e-proximo-ao-do-africano,70002312554>> Acesso em: 27. jan. 2021.

CHAVES, André Santos; MARTINI, Sandra Regina. Necessidade de confiança na jurisdição constitucional para efetivação do direito à saúde. **Revista Interações**, Campo Grande, v. 19, n. 1, p. 77-91, jan./mar. 2018.

CHILE. **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.

CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo Sales. **Direito à Saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, p. 163-188, v. 13, n. 3.

COHN, Amélia; PINTO, Rosa Maria Ferreiro. COVID-19 – Desafios para o SUS e para a Rede de Proteção Social na Garantia do Direito à Saúde. In: ALMEIDA, Verônica Scriptore Freire e; AKAOU, Fernando Reverendo Vidal; LAMY, Marcelo. **Direito da Saúde na era pós Covid-19**. São Paulo: Almedina, 2021.

COMMONWEALTH FUND. **Mirror, Mirror 2017**: international comparison reflects flaws and opportunities for better U.S. health care. nidos. 2017. Disponível em: <<https://interactives.commonwealthfund.org/2017/july/mirror-mirror/>> Acesso em: 3 abr. 2021.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Ética**: Direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de;

SCAFF, Fernando FACURY. **Lições de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Pearson Education, 2011.

CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. La costituzionalizzazione del diritto alla salute. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 1, n. 50, p. 62-75, 2018.

COSTA, Júlio Pinto da. A Reforma Obama e o Sistema de Saúde dos EUA. **Arquivos de Medicina**. Porto Alegre, v. 27, n. 4, p.158-167, ago. 2013.

CRISAFULLI, Vezio. **La costituzione e le sue disposizioni di Principio**. Milão: Giuffrè Editore, 1952.

CRISTÓVAM, José Sérgio. A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante do Direito Administrativo. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 22, n. 18, 2015, p. 79-104.

_____. **Princípios Constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CUENCA, Encarnación Carmona. Los Derechos Sociales de Prestación son Derechos Fundamentales? **Estudios sobre la Constitución Española**: homenaje al professor Jordi Solé Tura. V. 2, Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universitat de Barcelona, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário de São Paulo**. São Paulo, n. 3, v. 9, nov./dez. 2008, p. 9-34.

_____. O papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, v. 25, n. 5, out. 1991. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101991000500013>. Acesso em: 6 jan. 2021.

_____. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 22, 1988, p. 327-334.

DALY, Erin. **Dignity Rights**: courts, constitutions and the Worth of the human person. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2013.

DECLARAÇÃO de Alma-Ata = **Declaration of Alma-Ata**. 6 a 12 de setembro de 1978, produzida durante a Conferência Internacional sobre cuidados primários de Saúde. Disponível em: <<http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2020.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão = **Declaration des Drois de l'Homme et du Citoyen**. 26 de agosto de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 27 dez. 2020.

DECLARAÇÃO de Direitos de Virgínia = **Virginia Declaration of Rights**. 16 de junho de 1776. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>> Acesso em: 27 dez. 2020.

DELCAMP, Alain. **Droit Constitutionnel et Droit Administrative**: principe de subsidiarité et décentralisation. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, Press Universitaires de France, n. 23, p. 609-624, 1995.

DELORS, Jacques. **Le principe de subsidiarité: contribution au debat**. Paris: Institut Européen d'administration publique, 1991.

DELPÉRÉE, Francis. Justice constitutionnelle et subsidiarité: observations liminaires. *In: _____* (Org.). **Justice constitutionnelle et subsidiarité**. Bruxelas: Bruylant, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIETRICH, Pablo; GONÇALVES, Sandra Krieger; PASOLD, Cesar Luiz. A fundamentação das decisões judiciais amparadas em princípios constitucionais: necessidade de superação do senso comum teórico no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 9, n. 3, p. 1938-1968, 3º quadrimestre de 2014.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 68, jun. 2014.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EGIDI Massimo and Marris, Robin (org). **Economics, Bounded Rationality and the Cognitive Revolution**. Glos/Massachussets: Edward Elgar, 1992.

EHCI. **Euro Health Consumer Index 2017 Report**. 2018. Disponível em: <<https://healthpowerhouse.com/media/EHCI-2017/EHCI-2017-report.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2021.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FABRE, Cécile. **Social Rights Under the Constitution**: government and the decent life. Nova Iorque: Oxford University Press, 2004.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 41, jul./set. p. 1-12, 1955.

FERRAZ, Danilo Santos; SOUSA, Thaís Cruz. Princípios constitucionais: do jusnaturalismo ao pós-positivismo à luz da hermenêutica constitucional. *In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI*, 2010, Fortaleza, **Anais do XIX Encontro Nacional**

do **CONPEDI**, Florianópolis: Fundação José Boiteux, p. 5882-5895, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

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

FAVERET FILHO, Paulo; OLIVEIRA, Pedro Jorge de. A Universalização Excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde. **Planejamento de Políticas Públicas**. Brasília, n. 3, jun. 1990, p. 139-161.

FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/sd/pdf/finkelman-9788575412848.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2021.

FLÓREZ-VALDEZ, Joaquín Arces. **Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional**, Madri: Civitas, 1990.

FMUSP. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. **Demografia Médica no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://www.usp.br/agen/wp-content/uploads/DemografiaMedica30nov2015.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2021.

FONSECA, Leonardo Campos Soares da. **O controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde: parâmetros doutrinários e jurisprudenciais**. São Paulo: D'Plácido, 2020.

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

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Edições Piaget, 1988.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia. **Estudos sobre o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 2005.

GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

GBD 2015 SDG COLLABORATORS. Measuring the health-related Sustainable Development Goals in 188 countries: a baseline analysis from the Global Burden of Disease Study 2015. **The Lancet**, New York, n. 388, 2016.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: Timm, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GEBRAN NETO, João Pedro; SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

GIOVANELLA, Lígia; STEGMÜLLER, Klaus. Crise financeira europeia e sistemas de saúde: universalidade ameaçada? Tendências das reformas de saúde na Alemanha, Reino Unido e Espanha. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, nov. 2014, p. 1-19. Disponível em: <<http://apsredes.org/wp->

content/uploads/2015/10/TEXTO-REFORMAS-EUROPEIAS.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza da. Direito e Economia na consecução de políticas públicas para a saúde no Brasil: a *public choice* no orçamento, na judicialização e no ativismo judicial. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Maranhão, v. 3, n. 2, jul./dez. 2017.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos. **El principio de solidaridad em la Constitución Española**: Situación y protección jurídico-financiera del ciudadano. Salamanca: Ratio Legis, 2012.

GÖTZ, Volkmar; HECKER, Michael. Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento all' sua dimensione federale. *In*: RINELLA, Angelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto. (Org.) **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto**. Padova: CEDAM, 1999, p. 45-64.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HATXIS, Aristides N.; MERCURO, Nicholas (org.). **Law and Economics: philosophical issues and fundamental questions**. New York: Routledge, 2015.

HEALTHY'N PORTUGAL. **Atlas de Oportunidades. Ficha de país**: França. 2013. Disponível em: <http://www.healthyn.pt/Images/Documentos/Benchmarking_França.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

História do Sistema Único de Saúde – SUS. *In*: **A Saúde no Brasil**: História do Sistema Único de Saúde, arcabouço legal, organização, funcionamento, financiamento do SUS e as principais propostas de regulamentação da Emenda Constitucional nº 29, de 2000. Nota Técnica nº 10, de 30 de agosto de 2011. Elaborado pelo Núcleo de Saúde da Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2011/nt10.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2021.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass Robert. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

INGLATERRA. **Health and Social Care Act**. 2012. Disponível em:

<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

ITÁLIA. La Corte Costituzionale. **Sentenza n. 6, Roma**. Consulta Online, Decisioni, 26 junho 1956. Disponível em: <<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

JELLINEK, George. **Teoría General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70. ed. Lisboa: 1986.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 69-85, jul. 2013.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of Judicial Activism. **California Law Review**, v. 92, p. 1441-1478, out. 2004.

KOMESAR, Neil K. **Law's Limits: the rule of law and the supply and demand of rights**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2001.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 144, out./dez. 1999, p. 239-260.

LARENZ, Karl. LARENZ, Karel. **Derecho civil: parte general**. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 46.

_____. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Económico**. Coimbra: Almedina, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, n. 25, jul./set. 2006, p. 25-40.

LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade do Estado do Pará. Belém, 2017.

LESSA, Pablo Henrique Cordeiro; MARTINI, Sandra Regina. O ativismo judicial e a intervenção do Poder Judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde. **Revista Jurídica – CCJ FURB**, v. 21, n. 44, p. 5-24, jan./abr. 2017.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde**. São Paulo: Almedina, 2020.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOSANO, Mario Giuseppe (Ed.). **Solidaridad y Derechos Humanos em tempos de crisis**. Madri: Dykinson.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Direito à (proteção da) saúde. **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2008, p. 35-73.

LOVATO, Luiz Gustavo. A proteção à saúde no Brasil: aspectos sociais, econômicos e políticos. In: ASSIS, Araken de (coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Notadez, 2007.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La positividad de los Derechos Sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho. **Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, v. 2, n. 14, p. 151-178, jan. 2006.

_____. **La terceira generación de derechos humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global**, Santa Maria, v. 2, n. 1, p. 163-196, jan/jun. 2017.

_____. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Editora Tecnos, 1995.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **Revista de Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 774-796, 2018.

MACHADO SEUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do ordenamento jurídico: liberdade, igualdade, democrática como premissas necessárias à aproximação de uma justiça possível**. 2009. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 38, n. 121, mar. 2011.

MALHEIROS, Joana D'Arc de Moraes; MARTIN, Sandra Regina; MICHELON, Ana Luísa. Desjudicialização – alternativa viável à efetivação do direito à saúde. **Revista Derecho y Salud**, Córdoba, n. 4, p. 76-86, 2020.

MANUEL, Annick; MONTEKIO, Víctor Becerril. Sistema de salud de Chile. **Salud Pública de México**, v. 53, n. 2, 2011, p. 132-143.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARSHALL, William P. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, v. 73, p. 101-140, nov. 2002.

MARTÍN, Carlos de Cabo. **Teoría Constitucional de la Solidaridad**. Madri: Marcial

Pons, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MBAYA, Etienne-Richard. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas**. Palestra proferida no Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, em 30 de novembro de 1995, em São Paulo. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 2 jan. 2021.

MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. *In*: **Direitos Fundamentais Revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law**: from Posner to Post-Modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MERELLI, Annalisa. A history of why the US is the only rich country without universal health care. **Quartz**, Nova Iorque, jul. 2017. Disponível em: <<https://qz.com/1022831/why-doesnt-the-united-states-have-universal-health-care/>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Daniela Vieira de. Considerações sobre Análise Econômica do Direito e a Efetividade: direito fundamental à saúde no Brasil. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 9, n. 1, p. 156-178, out. 2016.

MENDES, Áquilas. A longa batalha pelo financiamento do SUS. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 22, n. 4, 2013.

MERCADANTE, Otávio Azevedo (coord.). Evolução das Políticas e do Sistema de Saúde. *In*: FINKELMAN, Jacobo (org.). **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2002.

MESSNER, Johannes. **La Cuestión Social**. Madrid: Ediciones Rialp, 1960.

MICELI, Thomas J. **The Economic Approach to Law**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

MIRANDA, Felipe Arady. **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Crise Econômico-Financeira**: o retrocesso social como garantia da efetividade dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Rodrigo da Silva; PORTO, Silvia Marta; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Uma análise da utilização de serviços de saúde por sistema de financiamento: Brasil 1998-2008**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_pdf&pid=S1413-81232011001000015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 15 jan. 2021.

NORONHA, José Carvalho de; UGÁ, Maria Alicia Domínguez. O sistema de saúde dos Estados Unidos. *In*: BUSS, Paulo Marchiori; LABRA, María Eliana (orgs.). **Sistemas de saúde: continuidades e mudanças**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 1995, p. 177-218.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Reforma(s) e Estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS**. Saúde e Sociedade, São Paulo, v. 16, n. 1, jan./abr. 2007, p. 9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v16n1/02.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

OCED. **Health at a Glance: OCED indicators 2003**. Paris. 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/site/worldforum/33703777.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 22 de julho de 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 9 jun. 2021.

_____. **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: 2016, p. 112-113. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5213:opas-oms-disponibiliza-publicacao-sobre-organizacao-e-financiamento-do-sistema-de-saude-brasileiro-2&Itemid=843>. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. **World Health Organization Assesses the World's Health Systems**. 2000. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2000/media_centre/press_release/en/> Acesso em: 2 jun. 2021.

OCDE. **Health Expenditure and Financing**. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=SHA>> Acesso em: 2 jun. 2021.

_____. **Proposal for a taxonomy of health insurance**. 2004. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/health-systems/31916207.pdf>> Acesso em: 1 jun. 2021.

OLIVEIRA, António Cândido de. Estado de Direito sem Adjetivos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, n. 7, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial na Dêbacle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

ONU. **Declaração do Direito dos Povos à Paz**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_28028.htm>. Acesso em: 5 jun. 2021.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Agravo de Instrumento 14541536 PR, Quinta Câmara Cível, Relator: Desembargador Rogério Ribas, julgado em: 22 mar. 2016.

PARGA, Milagros María Otero. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario europeo. *In*: **La constitución española em el ordenamiento comunitario europeo (I)**: XVI jornadas de estudio. Madri: Ministerio de Justicia Centro de Publicaciones, 1995, p. 485-506.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora e Editora Diploma Legal, 2003.

PEREIRA, Faíse dos Santos; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação da norma constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, out./dez. 2012.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. Brasília, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, p. 291-308, 2015.

PÉREZ, Jordi Bonet; Pérez; SÁNCHEZ, Víctor Manuel (org.) **Los derechos humanos em el siglo XXI: continuidad y cambios**. Barcelona: Huygens, 2007.

PICAZO, Luís-Diez. Los principios generales del Derecho em el pensamiento de F. de Castro. **Anuario de Derecho Civil**, Madri, n. 4, p. 1263-1268.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PISARELLO, Gerardo. **Los Derechos Sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PORTAL G1. **Brasil se aproxima de 470 mil mortos por Covid, com média móvel de 1.862 vítimas por dia**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/06/03/brasil-se-aproxima-de-470-mil-mortos-por-covid-com-media-movel-de-1862-vitimas-por-dia.ghtml>>. Acesso em: 2 jun. 2021.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão 39/84. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, nos termos e para os efeitos dos artigos 281.º e 282.º da Constituição, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, na parte que revogou os artigos 18.º a 61.º e 64.º a 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro. Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/20997/acordao-39-84-de-5-de-maio>> Acesso em: 2 jan. 2021.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. 3. ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 1986.

_____. **Overcoming Law**. 4. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário**. Coimbra: Almedina, 1995.

QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização dos direitos sociais prestacionais: a efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2011.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, n. 22, out./dez. 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REID, Thomas Roid. **The Healing of America: a global quest for better, cheaper and fairer health care**. New York: The Penguin Press, 2009.

REINHARDT, Uwe E. **Priced out: the economic and ethical costs of American health care**. Princeton: Princeton University Press, 2019.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 9.908, de 16 de junho de 1996**. Dispõe sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais para pessoas carentes e dá outras providências.

<http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687>. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Oitava Câmara Cível. Apelação nº 70076216977. Relator Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, julgado em 28 jun. 2018. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70076216977&num_processo=70076216977&codEmenta=7812755&temIntTeor=true>. Acesso em: 26 jan. 2021).

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 2, n. 2, 2001, p. 49-67.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: CS Edições, 1994.

ROCHA, Glenyo Cristiano. **Judicialização da Política e Efetivação de Direitos Fundamentais: sob a perspectiva da tutela da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUEZ-IZQUIERDO-SERRANO, Miryam. **Posibilidades Constitucionales del Principio de la Subsidiariedad**. Granada: Editorial Universidad de Granada, 2008.

ROSENTHAL, Elisabeth. **An American Sickness: how healthcare became big business and how you can take it back**. New York: Penguin Press, 2017.

SAMPAIO, Gustavo José Marrone de Castro. **O princípio da subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 2018. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça**. Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – IRDR nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000 de 09.11.2016. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Disponível em http://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/show.do?processo.codigo=P0000I05U12KW&uuidCaptha=sajcaptcha_9dc51ad0383643f38b40bb127ba87bf9. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Sexta Turma de Recursos de Lages. Recurso Inominado nº 0003775-21.2013.8.24.0035. Relatora Juíza Gisele Ribeiro. Lages, julgado em 27 set. 2018. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Recurso%20Inominado%200003775-21.2013.8.24.0035&only_ementa=&frase=&id=AAAgOzAAVAAwo8AAJ&categoria=

tr>. Acesso em: 26 fev. 2021.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Primeira Câmara de Direito Público. Apelação Cível nº 1029504-81.2017.8.26.0602. Orvílio Rodrigues dos Santos e Prefeitura Municipal de Sorocaba. Relator Desembargador Aliende Ribeiro. São Paulo, julgado em 2 abril 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=11322688&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_7c675db2b86e47d8917981d85730ac78&vlCaptcha=syURU&novoVICaptcha=>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Mandado de Segurança, autos nº 0034026-16.2010.8.26.0053 (053.10.034026-4), 8ª Vara da Fazenda Pública, Juíza Simone Viegas de Moraes Leme, julgado em: 5 set. 2012. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22333514/agravo-regimental-agr-340261620108260053-sp-0034026-1620108260053-tjsp>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 12, out./dez. 2011.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Regime jurídico dos direitos fundamentais sociais na Constituição (parte I). **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-05/direitos-fundamentais-regime-direitos-fundamentais-sociais-constituicao-parte>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 137-140.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____. (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 113-146.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

SCHÄEFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário, uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Direitos Fundamentais: proteção e restrições.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory.** Durham: Duke University Press, 2008.

SERRANO, Luis Sánchez. **Tratado de Derecho Financeiro y Tributario Constitucional.** Vol. I. Madri: Marcial Pons, 1997.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, abr./jun. 1998, p. 89-94.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Daniel Tavares da Silva. **Integração, subsidiariedade e autonomias na União Europeia, Portugal e as regiões autônomas dos Açores e Madeira.** 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional.** São Paulo: Editora Ltr, 1999.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares.** 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 128-130.

SIMÕES, Jorge. **Retrato Político da Saúde: dependência do percurso e inovação em saúde: da ideologia ao desempenho.** São Paulo: Almedina, 2005.

SIMON, Herbert Alexander. **Models of Discovery and Other Topics in the Methods of Science.** Dordrecht: D. Reidel Publishing, 1977.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos: Volume I, Reserva do possível.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

SMITH, Jessica C; MEDALIA, Carla. U.S. Health Insurance Coverage in the United States: 2014. *In: Census Bureau. Current Population Reports*, U.S. Government Printing Office, Washington, 2015.

SOUZA, Paulo Fernando e. **A Subsidiariedade como Princípio de Organização do Estado e sua Aplicação no Federalismo.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do Estado Constitucional Nacional e a ascensão do Direito Global! Há espaço para os juizados especiais federais? *In: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo (orgs.). Constitucionalismo em mutação –reflexões sobre as influências do*

neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning. **The Quarterly Journal of Austrian Economics**, vol. 4, n. 2, p. 41-50, 2001.

SWENDIMAN, Kathleen S. Health Care: Constitutional Rights and Legislative Powers. **Congress Research Service Report**. Washington, abr. 2010.

TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. **The global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VASAK, Karel. **Pour les Droits de l'Homme de la Troisième Génération: les Droits de Solidarité**. Palestra proferida no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 2 de julho de 1979.

VICARÍA EPISCOPAL DE PASTORAL ARQUIDIÓCESIS DE MÉXICO. **Carta Encíclica Quadragésimo Anno**. Disponível em: <http://www.vicariadepastoral.org.mx/assets/quadragesimo_anno.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2020.

WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Atendendo os mais necessitados? Acesso à Justiça e o Papel dos Defensores e Promotores Públicos no Litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 167-189, jun. 2013.

WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. **The Oxford handbook of law and politics**. Nova York: Oxford University Press, 2008.

WILENSKY, Harold L. **The Welfare State and Equality**: structural and ideological roots of public expenditures, Los Angeles: University of California Press, 1975.

WILMARS, Josse Mertens de. De economische opvattingen in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: les conceptions économiques dans la jurisprudence de la Cour des communautés européennes. 1972, p. 285 *apud* MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas.