

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

**A INSUSTENTABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DO
ATUAL MODELO DE ACESSO A MEDICAMENTOS.
NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE
MODO A ALCANÇAR A GESTÃO SUSTENTÁVEL E O USO
EFICIENTE DOS RECURSOS DISPONÍVEIS**

JOÃO BAPTISTA VIEIRA SELL

Itajaí-SC, dezembro de 2016.

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

**A INSUSTENTABILIDADE SOCIAL E ECONÔMICA DO
ATUAL MODELO DE ACESSO A MEDICAMENTOS.
NECESSIDADE DE REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE
MODO A ALCANÇAR A GESTÃO SUSTENTÁVEL E O USO
EFICIENTE DOS RECURSOS DISPONÍVEIS**

JOÃO BAPTISTA VIEIRA SELL

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Co-orientadora: Professora Doutora Maria Almodóvar

Itajaí-SC dezembro de 2016.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus que me deu força e determinação para concluir o presente trabalho.

Aos meus pais que sempre me incentivaram a seguir estudando.

À minha esposa Deisy pelo estímulo e minhas filhas Manuela e Valentina pelas horas tomadas do mútuo convívio.

Ao meu orientador Desembargador Pedro Manoel Abreu pela atenção e contribuição dedicadas ao presente estudo.

Enfim, agradeço a todas as pessoas que fizeram parte dessa etapa importante de minha vida.

DEDICATÓRIA

*À minha esposa Deisy, que tanto me incentivou e às
minhas filhas Manuela e Valentina, que souberam
compreender e ser pacientes em minha ausência.*

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 do mesmo.

Itajaí-SC, dezembro de 2016.

João Baptista Vieira Sell
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/2002	Código Civil de 2002
PPA	Plano Plurianual
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
CMO	Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização
SUS	Sistema Único de Saúde
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
IRDR	Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Ativismo Judicial: Participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.¹

Direitos Fundamentais: Princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.²

Estado Democrático de Direito: Tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado Capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir.³

Políticas Públicas: Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevante e politicamente determinados.⁴

Orçamento Público: É um instrumento de planejamento governamental em que constam as despesas da administração pública para um ano, em equilíbrio com a arrecadação das receitas previstas. É o documento onde o governo reúne todas as receitas arrecadadas e programa o que de fato vai ser feito com esses recursos. É onde aloca os recursos destinados a hospitais, manutenção das estradas,

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fregale; LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 178.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 120.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

construção de escolas, pagamento de professores. É no orçamento onde estão previstos todos os recursos arrecadados e onde esses recursos serão destinados.⁵

⁵ BRASIL. Ministério do Planejamento, **Orçamento e Gestão. Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-e-orcamento-publico> Acesso em: abril de 2016.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
RESUMEN	14
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1	18
A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O FUNCIONAMENTO DO SUS	18
1.1 SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO	18
1.1.1 Plano Plurianual – PPA	19
1.1.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO.....	21
1.1.3 Lei Orçamentária Anual – LOA.....	22
1.1.4 Ciclo de planejamento	23
1.1.5 Apreciação do Orçamento pelo Poder Legislativo	24
1.2 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS	25
1.2.1 Princípio da Unidade	25
1.2.2 Princípio da Universalidade.....	27
1.2.3 Princípio da Anualidade ou Periodicidade	28
1.2.4 Princípio da Exclusividade.....	28
1.2.5 Princípio da Legalidade	29
1.2.6 Princípio do Equilíbrio.....	30
1.2.7 Princípio da Especificação, Especialização ou Discriminação	30
1.2.8 Princípio da Não Vinculação ou Não Afetação das Receitas	31
1.2.9 Princípio da Publicidade	32
1.2.10 Princípio da Clareza ou Objetividade	33
1.2.11 Princípio da Exatidão.....	34
1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	34
1.4 POLÍTICAS PÚBLICAS.....	37
1.5 ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE.....	39
1.5.1 Instituição do SUS e seus princípios	40
1.5.2. Funcionamento do SUS e da política de fornecimento de medicamentos	42
1.5.3 Política de fornecimento de medicamentos.....	43
1.5.4 O Financiamento do Sistema Único de Saúde.....	47
1.5.5 Destinação mínima das verbas para a saúde.	48
CAPÍTULO 2	52
A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO	

JURÍDICO	52
2.1 CONSTITUCIONALISMO.....	52
2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	56
2.2.1 Importância dos princípios constitucionais	58
2.2.2 Funções dos Princípios Constitucionais	62
2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
2.3.1 Direitos Fundamentais de primeira dimensão	67
2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	67
2.3.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão	69
2.3.4 Os direitos fundamentais de quarta dimensão	70
2.3.5 O Estado de direito e os direitos fundamentais	70
2.3.6 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	71
2.3.7 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais	74
2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	76
2.5 DIREITO À SAÚDE	80
CAPÍTULO 3	84
INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	84
3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	84
3.1.2 Baixa efetividade das políticas públicas.	87
3.2 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	90
3.2.2 Judicialização da Saúde versus Ativismo Judicial	92
3.2.3 Risco ao Estado Democrático de Direito	94
3.2.4 Reserva do possível na área da saúde	96
3.2.5 A inaplicabilidade da reserva do possível em face ao mínimo existencial à saúde	98
3.2.6 Mínimo Existencial	99
3.2.7 O Mínimo Existencial à Saúde	100
3.3 COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	102
3.3.1 Dignidade da pessoa humana como direito fundamental.....	102
3.3.2 Relatividade dos direitos fundamentais	102
3.3.3 Natureza dos direitos fundamentais	103
3.3.4 Conflito entre regras jurídicas.....	104
3.3.5 Colisão de direitos fundamentais	105
3.3.6 Princípios da proporcionalidade/razoabilidade	106
3.3.7 Ponderação	108
3.4 ATUAÇÃO JUDICIAL.....	109
3.5 ALTERNATIVAS PARA A MANUTENÇÃO DO ATUAL SISTEMA DE SAÚDE	

PÚBLICA	114
3.5.1 Sustentabilidade	114
3.5.1.1 Breve esboço histórico	114
3.5.2 Dimensão Social	117
3.5.3 Dimensão Econômica.....	119
3.5.4 Bases para o desenvolvimento sustentável	120
3.5.5 Gestão eficiente dos recursos públicos na área da saúde	123

CONCLUSÕES

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, em que pese também abordar o tema da sustentabilidade.

Seu objetivo científico geral é estudar a insustentabilidade social e econômica do atual modelo de fornecimento de medicamentos, especialmente considerando-se as reiteradas decisões judiciais que são proferidas sobre o tema, de modo a encarar os problemas da saúde pública como um todo, e não de modo individual e particularizado, garantindo-se a preservação do atual modelo para as futuras gerações, além de beneficiar o maior número possível de cidadãos.

Para tanto, faz-se inicialmente algumas considerações sobre o sistema orçamentário brasileiro, dando-se enfoque aos recursos que são destinados à área da saúde, além da atual política pública de fornecimento de medicamentos.

Analisa-se os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, especialmente o direito social à saúde, destacando-se sua efetividade imediata.

Estuda-se, por fim, a baixa efetividade das políticas públicas na área da saúde, com a necessidade de intervenção do Poder Judiciário para sua efetivação, destacando-se a insuficiência de recursos financeiros para a concretização do direito à saúde em sua plenitude, bem como a desigualdade social que o deferimento de ação judicial individual gera, à medida que pessoas com a mesma enfermidade recebem tratamentos diferenciados.

A justificativa do tema se dá em razão de que, apesar de não ser novo, o tema é extremamente atual, especialmente considerando o grande número de ações de tramitam na justiça brasileira visando à concessão de medicamentos, potencializada pelo envelhecimento da população com o aumento de sua expectativa de vida.

Palavras-chave: fornecimento de medicamentos – atuação judicial - Insuficiência de recursos financeiros – desigualdade social – uso eficiente dos recursos disponíveis.

RESUMEN

Esta disertación pertenece a la línea de investigación de Derecho y Jurisdicción, a pesar de tratar también la cuestión de la sostenibilidad.

Su objetivo científico general es estudiar la insostenibilidad social y económica del modelo actual de suministro de medicamentos, especialmente teniendo en cuenta las repetidas decisiones de los tribunales que son proferidas sobre el tema con el fin de hacer frente a los problemas de salud pública en su conjunto, y no de modo individual y particularizado, asegurando la preservación del modelo actual de salud para las generaciones futuras, además de beneficiar al mayor número posible de ciudadanos.

Para ello, en un principio se hacen algunas consideraciones sobre el sistema presupuestario de Brasil, dando un enfoque a los recursos que se asignan a la salud, más allá de la política pública actual de suministro de medicamentos.

Se analizan los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, especialmente el derecho social a la salud, destacando su efectución inmediata.

Estudiamos, por último, la baja eficacia de las políticas públicas en materia de salud, la necesidad de la intervención judicial para hacerlas efectivas, poniendo de relieve la falta de recursos financieros para la concreción del derecho a la salud en su plenitud, así como la desigualdad social que genera la aprobación de las acciones judiciales individuales, en la medida en que personas con la misma enfermedad reciben diferentes tratamientos.

La cuestión de la justificación se da en razón de que, aunque no es nuevo, el tema es muy relevante, especialmente teniendo en cuenta el gran número de acciones en curso en los tribunales brasileños que buscan la concesión de medicamentos, reforzada por una población que envejece con el aumento su esperanza de vida.

Palabras clave: Suministro de medicamentos - Acción judicial - Insuficiencia de recursos financieros - Desigualdad social - Uso eficiente de los recursos disponibles.

INTRODUÇÃO

Saliento que o assunto, na ótica que proponho para exame, apresenta uma visão geral, de quase provocação, para meditações mais profundas, e não deixa de envolver aspectos sensíveis de natureza ética e moral, especialmente por envolver o direito à vida.

Os problemas da saúde pública afetam a todos nós indistintamente, mais cedo ou mais tarde, especialmente por conta do envelhecimento, passamos a ser mais suscetíveis de contrair doenças, necessitando de medicamentos e tratamento médico.

O objetivo institucional da presente dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

Seu objetivo científico geral é estudar a insustentabilidade social e econômica do atual modelo de fornecimento de medicamentos, especialmente considerando-se as reiteradas decisões judiciais que são proferidas sobre o tema, de modo a encarar os problemas da saúde como um todo, e não de modo individual e particularizado, garantindo-se a preservação do atual modelo de saúde para as futuras gerações e beneficiando o maior número possível de cidadãos.

Os problemas de pesquisa, desenvolvidos em razão dos objetivos propostos, são os seguintes:

A atuação judicial, interferindo nas políticas públicas, representa ofensa ao princípio da separação dos poderes e risco ao Estado Democrático de Direito?

Existe supremacia entre os direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde?

A questão econômica e social possui relevância quando da apreciação judicial para o fornecimento de medicamento, considerando que o direito à saúde se encontra dentre os direitos fundamentais?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, detalhadamente analisados nas considerações finais. Para melhor compreensão e organização da presente pesquisa, esta foi dividida em três capítulos.

Principia-se, no capítulo 1, onde serão feitas considerações sobre o sistema orçamentário brasileiro, abordando-se seus princípios norteadores. Também será efetuada a análise da discricionariedade administrativa na implementação das políticas públicas, e a estruturação do sistema de saúde, enfocando principalmente a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS e sua política de fornecimento de medicamentos.

Na sequência da pesquisa, no capítulo 2, o tema será o surgimento do constitucionalismo, a supremacia das normas constitucionais, com sua divisão entre regras e princípios. Será ressaltada a importância dos princípios no ordenamento jurídico, dado seu caráter normativo e interpretativo, e suas funções. Analisar-se-á os direitos fundamentais, sua importância, dimensões, inserção na Constituição de 1988, e aplicabilidade imediata. Ainda neste capítulo haverá o estudo dos direitos sociais, mais especificadamente o direito à saúde.

No terceiro e último capítulo, analisar-se-á o princípio da separação dos poderes, a baixa efetividade das políticas públicas, notadamente na área da saúde, demonstrando a necessidade de interferência do poder judiciário para a garantia daquele direito previsto constitucionalmente. Haverá análise da teoria da reserva do possível e, dentro desta, a concepção de mínimo existencial, além da atuação do Magistrado nos casos concretos. Também este capítulo abordará a problemática do choque de princípios, com a utilização do princípio da proporcionalidade e da ponderação. Por fim, as alternativas para a manutenção do atual sistema de fornecimento de medicamentos, dadas a insustentabilidade econômica e social do atual modelo, devendo-se adotar a gestão eficiente dos recursos disponíveis.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais, nas quais são sintetizados pontos conclusivos destacados e as contribuições e estímulos à continuidade dos estudos e reflexões sobre a inviabilidade de

manutenção do atual modelo de fornecimento de medicamentos, bem como são analisadas as hipóteses aqui levantadas.

Quanto ao método utilizado, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo; já na fase de tratamento de dados, foi utilizado o método cartesiano; e o relatório dos resultados foi elaborado com a utilização da base lógica indutiva. As técnicas de investigação utilizadas foram as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Nesta dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

CAPÍTULO 1

A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O FUNCIONAMENTO DO SUS

1.1 SISTEMA ORÇAMENTÁRIO BRASILEIRO

Atualmente, por conta da maciça judicialização das políticas públicas objetivando o cumprimento de prestações positivas por parte do Estado para o cumprimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente, a ciência econômica passou a ter maior importância no cenário judicial.

Não se pode desconsiderar que os recursos orçamentários são limitados, especialmente em época de crise financeira, enquanto que as necessidades sociais, notadamente em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, são numerosas.

De acordo com esta premissa, far-se-á uma análise inicial do sistema orçamentário brasileiro, suas regras, princípios, planejamento, gestão e controle da administração pública, de modo a demonstrar que o planejamento responsável e a gestão financeira eficiente são fatores determinantes para a erradicação da pobreza e diminuição das desigualdades sociais.

Nos Estados democráticos o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.⁶

No entendimento de Meirelles, a Carta Magna definiu o sistema orçamentário brasileiro ao prever as leis do plano plurianual, de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, de forma hierarquizada e interligada, objetivando o planejamento orçamentário para o desenvolvimento de um plano de

⁶ BALLEIRO, Aliomar. **Introdução à ciência das finanças**, 18. Ed. Editora forense, 2012. p. 5.

governo⁷.

O modelo orçamentário brasileiro, definido na Constituição Federal, consagra a existência de três instrumentos: o Plano Plurianual – PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO e a Lei Orçamentária Anual - LOA.

Reza o art. 165, da Carta Magna:

Art. 165 Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.⁸

1.1.1 Plano Plurianual – PPA

O Plano Plurianual representa o instrumento superior de planejamento governamental de médio prazo, previsto no artigo 165 da Constituição Federal, destinado a organização de políticas públicas objetivando o cumprimento dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.⁹

Estabelece as diretrizes e metas da administração pública para um período de quatro anos, do segundo ano de um mandato presidencial ao primeiro ano do mandato subsequente.

É de iniciativa do Poder Executivo, devendo ser elaborado em conformidade com o § 1º, do art. 165 da CF, nos seguintes termos:

Art. 165 [omissis]

§ 1º a lei que instituir o Plano Plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. Atual. Por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 44.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 49.

continuada.¹⁰

Chalfun e Mélo¹¹ analisando as metas destacam sua importância como referências partindo-se de diretrizes gerais, com a definição das prioridades, forma de sua operacionalização e planejamento, de modo a verificar se os resultados obtidos foram satisfatórios às expectativas.

Na visão de Andrade¹² as metas da administração pública devem ser mensuradas de modo a proporcionar o acompanhamento e a avaliação do Plano Plurianual, além da necessidade de apuração dos custos dos programas governamentais para a avaliação de todos os resultados.

Sabbag¹³ salienta que o plano plurianual, como componente principal do planejamento a médio e longo prazos, é imprescindível para a definição das diretrizes orçamentárias a serem seguidas pelo Estado, visando à promoção do bem-estar social e progresso econômico.

O mesmo autor define os três principais objetivos do Estado:

1. Inclusão social e redução das desigualdades sociais;
2. Crescimento sustentado com geração de emprego, expansão da renda e redução das desigualdades regionais;
3. Promoção da cidadania e fortalecimento da democracia.¹⁴

Em síntese, o plano plurianual é vital para o planejamento das despesas que serão realizadas pelo Estado, avaliando o capital disponível e aplicando-o de modo a melhor atender os anseios da sociedade e atingir os objetivos do Estado.

De acordo com a Constituição Federal, o exercício da função do

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹¹ CHALFUN, NELSON; MELLO, LEONARDO. **Entendendo a contribuição da política fiscal, do PPA e da LDO para a gestão fiscal responsável**. (Coord.) Heraldo da Costa Reis, Tereza Cristina Baratta e Gleisi Heisler Neves. — Rio de Janeiro: IBAM/BNDES, 2001, p. 33

¹² ANDRADE, Nilton de Aquino. **Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22.

¹³ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 53.

¹⁴ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 54.

planejamento é um dever do Estado, tendo caráter determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.¹⁵

Assim, o planejamento expresso no Plano Plurianual assume a forma de grande moldura legal e institucional para a ação nacional, bem como para a formulação dos planos regionais e setoriais de desenvolvimento.

O § 1º do inciso XI do art. 167 da Constituição Federal é um argumento forte em relação à importância que os Constituintes deram ao planejamento no Brasil:

Art. 167 *[omissis]*

§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.¹⁶

1.1.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO

A Lei de Diretrizes Orçamentárias contém as prioridades e metas da administração pública, além da estrutura e organização dos orçamentos e as regras fundamentais à sua elaboração e execução.¹⁷

Tem como objetivo estabelecer os parâmetros necessários à alocação dos recursos no orçamento anual, de forma a garantir, dentro do possível, a realização das metas e objetivos contemplados no PPA.

Busca ajustar as ações de governo, previstas no PPA, à disponibilidade financeira e eleger, dentre aqueles incluídos no PPA, os programas que terão prioridade na execução do orçamento subsequente.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁷ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 61.

A Constituição da República assim determina:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.¹⁸

Observe-se que prioridade pode ser entendida como o grau de precedência ou de preferência de uma ação ou situação sobre as demais opções. Em geral, é definida em razão da gravidade da situação ou da importância de certa providência para a eliminação de pontos de estrangulamento. Também se considera a relevância para a realização de objetivos estratégicos de política econômica e social.

Da SILVA ressalta a importância da compatibilidade entre as metas constantes no PPA, na LDO e na LOA: *“Se esses instrumentos de planejamento devem manter perfeita sintonia entre si, então, depreende-se que a inconsistência de um refletirá no resultado do outro.”*¹⁹

Sabbag²⁰ menciona que as diretrizes orçamentárias são fundamentais para o planejamento financeiro do Estado e que todos os projetos e investimentos públicos devem ser compatíveis com suas diretrizes.

Além disso, possui vital importância por antecipar a discussão de temas de relevo ao orçamento junto ao Poder Legislativo.

1.1.3 Lei Orçamentária Anual – LOA

A Lei Orçamentária Anual (LOA) é importante instrumento de gestão

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁹ Da SILVA, Luís Carlos – **“Efetividade do Sistema de Planejamento no Brasil: Uma análise da efetividade do planejamento no sistema orçamentário (PPA, LDO e LOA)”** - Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Orçamento Público da Câmara dos Deputados. Brasília, DF - 2007.

²⁰ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 77.

orçamentária, eis que estima a receita e fixa as despesas para um exercício financeiro, correspondente ao período de um ano, objetivando o controle financeiro e o cumprimento das políticas governamentais.

Reza o § 5º do artigo 165 da Constituição de 1988:

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²¹

Os orçamentos anuais são responsáveis pela quantificação da programação governamental em números, expressando os gastos e os objetivos dos planos de desenvolvimento. Devem obedecer às diretrizes orçamentárias, estas responsáveis pelo planejamento dos recursos públicos existentes.²²

1.1.4 Ciclo de planejamento

O Plano Plurianual possui vital importância no planejamento das ações governamentais, especialmente porque os orçamentos devem ser compatíveis com ele, já que consagra as prioridades governamentais para o desenvolvimento do país.

Este entendimento vem disposto no art. 165, § 7º, determinando que os orçamentos devem ser compatibilizados com o plano plurianual. O § 2º do mesmo artigo exige que a LOA deve ser elaborada conforme dispuser a LDO. Ainda, o art. 166, § 3º, I, da CF prevê a admissão de emendas ao orçamento somente se compatíveis com o plano plurianual e com a LDO.

²¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²² SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 83.

Ressalte-se que todas as leis orçamentárias são de iniciativa do Poder Executivo que as envia, sob a forma de proposta, para apreciação e aprovação do Poder Legislativo.

Portanto, compete ao Chefe do Poder Executivo sancioná-las e executá-las e ao Poder Legislativo acompanhar e fiscalizar sua execução.

1.1.5 Apreciação do Orçamento pelo Poder Legislativo

Mognatti²³ descreve, de forma sucinta, o processo de apreciação do orçamento no Congresso Nacional reconhecendo que o Poder Executivo determina a formação da agenda para o conjunto de políticas públicas a serem formalizadas no orçamento.

No âmbito do Poder Legislativo Federal a apreciação das peças orçamentárias cabe à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) (Art. 166, § 1º, I e II, CF), composta por trinta Deputados Federais e dez Senadores da República, com igual número de suplentes, regida pela Resolução nº 1 do Congresso Nacional, de 26 de dezembro de 2006 (Resolução nº 1/06-CN).

A CMO emite parecer e delibera sobre os projetos de lei do plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamentos anuais e suas alterações (créditos adicionais), além de outras matérias de cunho orçamentário. Em seu âmbito são apresentadas as emendas aos projetos para inclusão dos interesses dos parlamentares, respeitando os prazos, limites e condições determinados pela Resolução.

Cada proposta de PPA, LDO ou LOA recebe proposições acessórias durante sua tramitação que auxiliarão na análise das proposições principais e determinarão regras para atuação dos relatores e a apresentação de emendas. Dentre essas proposições acessórias destacam-se o parecer preliminar, os relatórios

²³ MOGNATTI, Marcos César de Farias – “**Transparência e Controle na Execução das Emendas Parlamentares ao Orçamento da União**” - Monografia – Curso de Especialização em Orçamento Público – Tribunal de Contas da União, Câmara dos Deputados e Senado Federal – 2º Semestre 2008. Brasília, DF.

setoriais (somente no caso do projeto da LOA), as emendas e os destaques.

As emendas podem ser apresentadas pelos parlamentares de forma individualizada ou coletiva. As emendas individuais são apresentadas por qualquer parlamentar detentor do mandato e também por relatores das propostas, sendo estas limitadas à correção de erros ou omissões contidas nos projetos em análise. As emendas coletivas derivam do consenso dos parlamentares reunidos em comissões permanentes de cada Casa do Congresso Nacional – Emendas de Comissão – ou dos parlamentares pertencentes à mesma unidade da federação – Emendas de Bancada. No caso das Emendas de Comissão, sua apresentação fica condicionada à aprovação pela maioria de seus membros, e as Emendas de Bancada devem constar de ata assinada por, no mínimo, 3/4 (três quartos) de deputados federais e 2/3 (dois terços) de senadores da respectiva unidade da federação para serem submetidas à apreciação da CMO.

1.2 PRINCÍPIOS ORÇAMENTÁRIOS

Trata-se do conjunto de proposições destinadas a orientar os processos e práticas orçamentárias, objetivando a estabilidade e consistência, especialmente a transparência das finanças públicas e seu controle pelo Poder Legislativo e pelas demais instituições legitimadas.²⁴

Desde o surgimento da instituição orçamentária houve a fixação de várias regras objetivando, principalmente, auxiliar o controle do Legislativo sobre os Executivos. Essas regras, também conhecidas como princípios, possuem grande relevância e conotação jurídica, inclusive havendo a incorporação de alguns deles à legislação.²⁵

1.2.1 Princípio da Unidade

O Princípio da Unidade impõe que o orçamento público deve ser uno, ou seja, deve existir apenas um orçamento para dado exercício financeiro, evitando-se orçamentos paralelos ou excepcionais, o que certamente dificultaria seu controle.

²⁴ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 277.

²⁵ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. Ed. Ampl. E rev. São Paulo: Atlas, 2005, p. 70.

Trata-se de princípio que determina que o orçamento de todas as esferas do governo, (União, Estados e Municípios) deve ser elaborado e estruturado de modo uniforme, em um só documento, como forma de evitar orçamentos paralelos.²⁶

Desse modo, é possível obter eficazmente um retrato geral das finanças públicas permitindo ao Poder Legislativo o controle racional e direto das operações financeiras de responsabilidade do Executivo, sem prejuízo da análise pelo cidadão.

O princípio da unidade encontra-se inserido no Art. 2º, da Lei 4.320/64 e pelo § 5º, do art. 165, da Constituição Federal.

Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.²⁷

Art. 165 [*omissis*]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²⁸

Objetiva, em suma, permitir que os integrantes da comunidade possam examinar as finanças públicas verificando se os objetivos essenciais, constantes no art. 3º, da CF, estão sendo observados pela administração pública.

²⁶ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 367.

²⁷ BRASIL. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 de março de 1964.

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

1.2.2 Princípio da Universalidade

Segundo esse princípio o orçamento deve conter todas as receitas e despesas do Estado, evitando-se que dados possam ser mascarados de modo a burlar a tramitação regular e impedir a fiscalização da sociedade.

No entendimento de Sanches *“trata-se de um princípio orçamentário clássico, de origem francesa, segundo o qual todas as receitas e todas as despesas devem ser incluídas na lei orçamentária.”*²⁹

Mostra-se, pois, imprescindível para o controle parlamentar e para a segurança orçamentária, pois possibilita, segundo José Afonso da Silva:

- a) conhecer a priori todas as receitas e despesas do governo e dar prévia autorização para respectiva arrecadação e realização;
- b) impedir ao Executivo a realização de qualquer operação de receita e de despesa sem prévia autorização Legislativa;
- c) conhecer o exato volume global das despesas projetadas pelo governo, a fim de autorizar a cobrança de tributos estritamente necessários para atendê-las.³⁰

Nesse sentido, assim como a unicidade, o princípio da universalidade mostra-se imprescindível à eficiência do controle do Poder Legislativo em relação às finanças públicas destinando-se a garantir a lisura da política orçamentária.³¹

Esta regra fundamental permite que os parlamentares conheçam a *priori* a programação proposta e autorizem as respectivas arrecadações e execuções.

Tal princípio encontra-se disposto na Lei 4.320/64, nos seguintes termos:

Art. 2º A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e da despesa, de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade.

²⁹ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 372.

³⁰ SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1973, p.388.

³¹ SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006, p. 94.

Art. 3º A Lei do Orçamento compreenderá todas as receitas, inclusive as operações de crédito autorizadas em lei.³²

1.2.3 Princípio da Anualidade ou Periodicidade

Esse princípio estipula que o orçamento público deve ser elaborado e autorizado de acordo com determinado lapso temporal, de regra um ano. Exceções à regra existem nos casos dos créditos especiais e extraordinários autorizados nos últimos quatro meses do exercício financeiro.

Nesse horizonte, consiste em princípio destinado a determinar que o orçamento público deverá ser elaborado por certo período, normalmente um ano, podendo coincidir ou não com o ano civil.³³

Evita-se com o presente princípio que a elaboração e destinação orçamentária refiram-se a períodos variáveis, não pré-determinados, e encontra respaldo legal no § 5º, do art. 165 da CF 88.

Referido princípio, conforme leciona James Giacomoni³⁴, é uma regra de aceitação praticamente unânime entre as nações modernas.

1.2.4 Princípio da Exclusividade

As leis orçamentárias devem conter apenas matéria orçamentária ou financeira, em suma, deve-se excluir do texto legal qualquer dispositivo diverso da estimativa de receita e à fixação de despesa.

Sebastião de Sant' Anna e Silva³⁵ destaca que o princípio tem por objetivo disciplinar a votação do orçamento pelo Poder Legislativo de modo a evitar a aprovação de matérias estranhas à previsão da receita e à fixação da despesa.

³² BRASIL. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 de março de 1964.

³³ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 29.

³⁴ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p.79

³⁵ SILVA, Sebastião de Sant' Anna e. **Os princípios orçamentários**. Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas, 1962, p.52.

Visa evitar que os legisladores incluam nas leis orçamentárias situações dissociadas das questões financeiras.

Não se inclui na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita.

Referido princípio surgiu em decorrência do abuso cometido na República Velha, onde os parlamentares apresentavam emendas à proposta de lei orçamentária encaminhada pelo executivo, cujas matérias eram alheias ao direito financeiro, assim, surgiu o princípio da exclusividade que objetiva impedir que normas concernentes a outros ramos do direito sejam introduzidas nas leis orçamentárias.³⁶

Encontra-se positivado no art. 165, § 8º da CF de 88 expressando que "A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa."³⁷

1.2.5 Princípio da Legalidade

Trata-se de princípio que, na lição de José Afonso da Silva³⁸, possui o mesmo fundamento do princípio da legalidade geral à medida que a administração pública se subordina aos ditames da lei.

A análise e aprovação do orçamento competem ao Poder Legislativo, especialmente considerando a enorme relevância do tema para a sociedade. Portanto, não há que se falar em orçamento válido sem a prévia aprovação legislativa.

Por certo, o descumprimento do referido princípio coloca em risco a legitimidade de todo o sistema orçamentário, já que representa um dos seus

³⁶ SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1973, p.719

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³⁸ SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1973, p.153.

alicerces.

O respaldo constitucional a este princípio pode ser encontrado nos art. 37 e 166 da CF de 1988. O Art. 166 dispõe:

Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.³⁹

1.2.6 Princípio do Equilíbrio

Demonstra a necessidade de relação de compatibilidade entre os valores arrecadados (receita) e os valores despendidos (despesa), de modo a garantir o equilíbrio orçamentário.⁴⁰

Busca uma gestão financeira prudente dos recursos públicos de modo a evitar que as despesas superem as receitas no exercício financeiro, impedindo o surgimento de déficits.

Mostra-se importante ferramenta conferida à administração pública para o controle dos gastos públicos.

Apesar de sua importância, sabe-se que o cumprimento do referido princípio é bastante dificultoso, especialmente nas fases de crescimento da economia ou de recessão.

A CF 88 adotou uma postura mais realista. Propôs o equilíbrio entre operações de crédito e as despesas de capital. Assim, o art. 167, inciso III, da Carta Magna veda a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital.

1.2.7 Princípio da Especificação, Especialização ou Discriminação

Esse princípio determina que as receitas e despesas públicas devem

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁰ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 141

constar no orçamento, de forma clara e discriminada, impedindo a análise de forma global pelo Poder Legislativo.⁴¹

De acordo com o referido princípio as dotações orçamentárias devem aparecer de forma específica/discriminada, de modo que se possa saber, pormenorizadamente, as origens dos recursos e sua aplicação.

Almeja facilitar o controle legislativo e os trabalhos de execução dos programas, posto que restringe a concessão de autorizações e orçamentos genéricos, apontando-se a origem e o destino na verba pública, visado dar maior segurança ao contribuinte.

De acordo com esse princípio, as receitas e as despesas devem aparecer no orçamento de maneira discriminada, de tal forma que se possa saber, pormenorizadamente, a origem dos recursos e sua aplicação.⁴²

A Lei nº 4.320/64 incorpora o princípio em seu art. 5º: "A Lei de Orçamento não consignará dotações globais para atender indiferentemente as despesas".⁴³

1.2.8 Princípio da Não Vinculação ou Não Afetação das Receitas

Por sua vez, o princípio da Não Vinculação ou Não Afetação das Receitas especifica que todas as receitas orçamentárias não podem ser previamente vinculadas à determinada destinação.⁴⁴

Nenhuma parcela da receita global poderá ser reservada ou comprometida para atender determinados dispêndios. A receita não pode ter vinculações, sob pena de reduzir a liberdade do gestor e engessar o planejamento de longo, médio e curto prazos.

⁴¹ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 142/143

⁴² GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. São Paulo: Ed. Atlas, 12. Edição, 2003, p.82.

⁴³ BRASIL. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 de março de 1964.

⁴⁴ SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 224

Deve-se, pois, conferir ao administrador certa margem de liberdade na aplicação dos recursos públicos, observadas as restrições legais.

Obviamente, não significa que o gestor público possa utilizar os recursos livremente, mas que, dentro de sua discricionariedade, e nos limites impostos por lei, realize certos ajustes buscando o cumprimento das prioridades estabelecidas.

Examinando o tema, Torres⁴⁵ assevera que o referido princípio se justifica na medida em que permite à administração pública, utilizando seu poder discricionário na execução das despesas públicas, a possibilidade de utilização de receitas para investimentos essenciais e políticas sociais.

Não se pode desconsiderar que existem exceções à regra, como no caso de algumas taxas e empréstimos compulsórios, em que as receitas se encontram vinculadas a determinadas despesas. Todavia, à regra é a não vinculação das receitas.

Este princípio encontra-se claramente expresso no inciso IV, do art. 167 da CF de 88, mas aplica-se somente às receitas de impostos.

Art. 167 São vedados:

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º bem como o disposto no § 4º deste artigo.⁴⁶

1.2.9 Princípio da Publicidade

O conteúdo orçamentário deve ser previamente publicado para conhecimento do público e como medida de validade e legitimidade.

Giacomoni⁴⁷ sustenta que, por sua importância e significação e pelo

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro. Renovar, 1995, p.208

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁷ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. Ed. Ampl. e rev. São Paulo: Atlas, 2005, p. 86

interesse que desperta, o orçamento público deve merecer ampla publicidade. Formalmente, o princípio é cumprido, pois, como as demais leis, é publicado nos diários oficiais. A publicidade ideal, porém, envolve as mesmas questões ligadas à clareza. Resumos comentados da proposta orçamentária deveriam ser amplamente difundidos, de forma que possibilitassem ao maior número possível de pessoas inteirar-se das realizações pretendidas pelas administrações públicas.

Este princípio é consagrado no art. 37, da CF de 1988:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:⁴⁸

Assim, constata-se que as decisões orçamentárias, especialmente por sua natureza, devem ser de conhecimento geral por expressarem a condução das finanças públicas e a execução das metas governamentais.

Francisco Glauber⁴⁹, ainda sobre o tema, destaca que mais do que um princípio orçamentário a publicidade trata-se de preceito constitucional que deve ser observada por toda administração pública especialmente como forma de proporcionar transparência dos gastos públicos.

A publicidade orçamentária deve possibilitar não apenas a plena divulgação, mas a compreensão das informações.

1.2.10 Princípio da Clareza ou Objetividade

Na ótica de Giacomoni⁵⁰ tal princípio determina que o orçamento deve ser estruturado de modo a permitir a análise e compreensão por qualquer cidadão que tenha interesse em manipulá-lo.

Trata-se de decorrência lógica do princípio da publicidade que impõe que os orçamentos sejam compreensíveis à população.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴⁹ MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada à administração pública**. 6.Ed. Brasília: Vetscon, 2005, p.36.

⁵⁰ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. Ed. Ampl. E rev. São Paulo: Atlas, 2005, p. 86.

Assim, o orçamento público deve ser apresentado em linguagem clara e didática a todas as pessoas que, por força do ofício ou interesse, precisam manipulá-lo.

A questão da objetividade, segundo José Afonso da Silva⁵¹, é imprescindível para a clareza orçamentária e para a garantia da democracia, com o compartilhamento das informações à toda sociedade de como os recursos públicos estão sendo ou vão ser alocados.

1.2.11 Princípio da Exatidão

Busca garantir segurança na administração e aplicação dos recursos públicos à medida que determina a necessidade de exatidão nas estimativas orçamentárias.⁵²

De acordo com esse princípio, as estimativas devem ser tão exatas quanto possível, de forma a garantir à peça orçamentária um mínimo de consistência para que possa ser empregado como instrumento de programação, gerência e controle. Indiretamente, os autores especializados em matéria orçamentária apontam os arts. 7º e 16 do Decreto-Lei nº 200/67 como respaldo ao mesmo.

A exatidão orçamentária, além de envolver questões técnicas, também se refere a preceitos éticos, devendo ser observado, quando da elaboração da proposta orçamentária, a realidade e a efetiva capacidade financeira do setor público.⁵³

1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários, entendendo por vinculado aquele em que a competência, forma,

⁵¹ SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1973, p.154.

⁵² SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004, p. 147.

⁵³ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. Ed. Ampl. E rev. São Paulo: Atlas, 2005.p.87.

finalidade, motivo e objeto encontram-se definidos em lei.⁵⁴

Naquela hipótese, tem o administrado direito subjetivo, porquanto, atendidos os requisitos previstos em lei, tem direito à prática de determinado ato pelo poder público.⁵⁵

De outra banda, em razão da impossibilidade de se prever, por lei, todas as situações de atuação do agente público a Constituição Federal concedeu-lhe certo grau de liberdade (discricionariedade) para atuar nas hipóteses não expressamente disciplinadas.

Portanto, de modo geral, entende-se por ato administrativo vinculado aquele em que o único comportamento admitido pelo administrador encontra-se expresso na norma, não possuindo liberdade para agir de modo diverso.

De outro vértice, ato administrativo discricionário, na concepção clássica, seria aquele em que, em razão da ausência de comando legal específico para determinado caso concreto, pode o administrador agir com subjetividade, utilizando de conveniência e oportunidade. Todavia, na prática o poder discricionário é sempre excepcional, porque a regra é a estrita vinculação da Administração Pública aos termos da lei.⁵⁶

Por certo, a presente distinção não pode ser utilizada de forma rígida, porquanto sempre haverá certo grau de liberalidade do administrador, em maior ou menor intensidade, porém, conforme ressaltado, sempre adstrita à lei.

A discricionariedade trata-se de instrumento colocado à disposição do administrador público para melhor atender à finalidade pública, naquelas hipóteses não previstas legalmente.⁵⁷

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 134.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 196.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., rev., ref und. e

Invariavelmente, a discricionariedade absoluta encontra-se atrelada a arbitrariedade, disso resulta que deve estar sempre vinculada à finalidade administrativa, especialmente aquelas previstas nas normas constitucionais.

Com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, com a predominância dos direitos sociais e a necessidade de uma atuação positiva do Estado, a discricionariedade administrativa passou a representar o planejamento e a implementação de políticas públicas para a garantia daqueles direitos.

Todavia, em virtude da existência de textos legais pouco elucidativos, com conceitos indeterminados, vagos e imprecisos, que disciplinam determinado objetivo a ser alcançado (programação finalística), o administrador muitas vezes deve tomar as decisões que entende mais convenientes para atingir o fim perseguido sem, contudo, se afastar dos interesses da coletividade, sob pena de atuar de forma arbitrária.

Especialmente na área das políticas públicas nem sempre é possível previamente fixar todas as possibilidades de atuação do agente público para atingir o fim almejado pela norma/lei, motivo pelo qual, muitas vezes, compete ao administrador público atuar com discricionariedade para a concretização do objetivo previsto, sempre respeitando o interesse coletivo.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello a discricionariedade, naquele caso, representa “*o cumprimento de um dever jurídico funcional de acertar, na situação concreta, a providência ideal para atingir a finalidade legal e satisfazer o interesse da coletividade*”⁵⁸

O mesmo doutrinador conceitua:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por forçada fluidez das expressões da lei ou da liberdade

atual. pela Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 34

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 244.

conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁵⁹

Além disso, a atuação discricionária do administrador além de atrelada à finalidade legal, também deve buscar a efetividade dos direitos previstos constitucionalmente, dentre eles os direitos sociais.

Pelo delineado, não restam dúvidas de que a atuação discricionária do administrador público deve ter como norte os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

1.4 POLÍTICAS PÚBLICAS

O moderno conceito de orçamento público passa pela noção intrínseca de políticas públicas. Foi com essa nova visão, inaugurada com o Estado Social, que se possibilitou por intermédio do orçamento e das políticas públicas a intervenção do Poder Público na organização econômica e social da sociedade.

Maria Paula Dallari Bucci conceitua política pública como:

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

Como tipo ideal de política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁶⁰

Na lição de Régis Oliveira políticas públicas são providências para que os direitos se realizem, para que as satisfações sejam atendidas, para que as determinações constitucionais e legais saiam do papel e se transformem em

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 251.

⁶⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39.

utilidades aos governados.⁶¹

Portanto, não basta elencar os direitos fundamentais no texto constitucional, é preciso assegurar os meios necessários à sua efetivação, por meio de políticas públicas efetivas.

Sobre o tema, discorre Bulos:

O Estado, ao instituir os serviços públicos, com o intuito de tornar operativas as disposições definidoras de direitos sociais, oferece, apenas, uma garantia de índole institucional. Isso não é o suficiente. Só mediante profunda mudança de mentalidade para a eficácia social de tais dispositivos se realizar. Urge que nossos legisladores saiam do período da programaticidade e ingressem na fase da efetividade dos comandos constitucionais positivados. Nada adiantam promessas, programas de ação futura, normas de eficácia contida ou limitada, se os Poderes Públicos não as cumprirem plenamente, criando, para tanto, as condições necessárias.⁶²

A Constituição Federal fixa as políticas públicas prioritárias que devem ser implementadas pelo Executivo e Legislativo, aos quais resta apenas a discricionariedade de meios.⁶³

A definição das políticas públicas decorre da percepção de um problema pelo governo, motivo pelo qual se mostra importante à participação popular na identificação dos principais problemas que afligem à comunidade, de modo a provocar uma atuação governamental para saná-los.

Infere-se, portanto, que a participação popular é um dos principais instrumentos para a definição e percepção dos problemas, na sequência, compete ao poder público implementar políticas públicas na tentativa de equacionar os problemas⁶⁴

Por certo, nem todos os problemas serão solucionados pelo Poder

⁶¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 176.

⁶² BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 784/785.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n.240, p.83/103.

⁶⁴ PETERS, B; PIERRE, Jon. **Administração pública: coletânea**. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 2010.

Público, especialmente considerando que vivemos em um país em desenvolvimento, onde são patentes as desigualdades sociais.

Inegavelmente a concretização dos direitos sociais representa custos para o Poder Público, já que demandam a aplicação de recursos materiais (dinheiro, pessoal) e imateriais (conhecimentos, técnicas), razão pela qual a questão orçamentária possui fundamental importância.

Desta feita, é inegável que a implementação das políticas públicas se encontra intimamente relacionada à questão orçamentária, já que dependem de recursos financeiros para sua concretização.

Por fim, as políticas públicas representam os esforços do Poder Público para a efetivação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Entretanto, é cediço que a administração pública não tem condições de garantir, em sua plenitude, todos os direitos sociais previstos constitucionalmente.

1.5 ESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA DE SAÚDE

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, definiu o conceito de saúde nos seguintes termos:

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.”⁶⁵

No mesmo texto constitucional restou definido, em seu art. 198, as diretrizes básicas para a ação governamental referente à efetiva implementação do direito social à saúde.

Art. 198 As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

⁶⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.⁶⁶

1.5.1 Instituição do SUS e seus princípios

Com a edição da Lei 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, houve a regulamentação do sistema sanitário com a instituição do Sistema Único de Saúde, conforme definição contida em seu art. 4º:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)⁶⁷

Por sua vez, o art. 7º da mencionada lei, fixa os princípios que regem o sistema:

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

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

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

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

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

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 8.080 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: <WWW.planalto.gov.br> acessado setembro de 2015.

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

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo.⁶⁸

A **universalidade** representa o acesso à saúde a todos os cidadãos, sem qualquer espécie de discriminação aos serviços disponibilizados pelos entes públicos.

Encontra-se relacionado com o princípio da igualdade, posto que universal é aquilo comum a todos indistintamente.

Integralidade refere-se ao conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

A integralidade do sistema permite melhor entrosamento entre as políticas públicas, programas e as ações e serviços disponibilizados ao cidadão, com a consequente melhoria em sua efetividade.

A equidade⁶⁹ constitui na tentativa de diminuir as diferenças evitáveis e injustas ao mínimo possível.

⁶⁸ BRASIL. **Lei nº 8.080 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: <WWW.planalto.gov.br> acessado setembro de 2015.

⁶⁹ Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito, mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes. Essa adaptação, contudo, não pode ser de livre-arbítrio e nem pode ser contrária ao conteúdo expresso da norma. Ela deve levar em conta a moral social vigente, o regime político Estatal e os princípios gerais do Direito. Além disso, a mesma não corrige o que é justo na lei, mas completa o que a justiça não alcança. Sem a presença da equidade no ordenamento jurídico, a aplicação das leis criadas pelos legisladores e outorgadas pelo chefe do Executivo acabariam por se tornar muito rígidas, o que beneficiaria grande parte da população; mas ao mesmo tempo, prejudicaria alguns casos específicos aos quais a lei não teria como alcançar. (CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Indenização por Equidade no Novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 48.)

Busca-se priorizar o acesso aos serviços sanitários aos grupos sociais considerados mais necessitados do ponto de vista socioeconômico.

Da análise dos dispositivos constitucionais e legais, além dos princípios acima mencionados, constata-se que o Sistema Único de Saúde (SUS) objetiva o reconhecimento dos direitos sociais de todos os cidadãos ao determinar o caráter universal às ações e aos serviços de saúde, além de, do ponto de vista organizacional, ter como diretrizes, a regionalização (descentralização da saúde), a integração dos serviços e recursos (rede entre os entes federativos) e a hierarquização (nível de complexidade dos serviços prestados).

A **descentralização da saúde** corresponde à ideia de regionalização para a melhor distribuição dos recursos entre as regiões, cabendo a cada um dos entes públicos (Município, Estado e União) a responsabilidade pela prestação dos serviços, contudo, de forma solidária aos demais.

A **hierarquização** busca ordenar o sistema em diferentes níveis de atenção, estabelecendo fluxos entre os serviços de modo a regular o acesso à população desde os serviços básicos de saúde, considerados os mais frequentes, até os serviços mais especializados.

Por derradeiro, a **integração dos serviços** visa assegurar a eficácia e eficiência de todo o sistema, buscando o atendimento aos seus objetivos.

1.5.2. Funcionamento do SUS e da política de fornecimento de medicamentos

A responsabilidade pelo financiamento do Sistema Único de Saúde é atribuída às três esferas de governo, nos termos do art. 198, §1º da Constituição Federal de 1988:

Art. 198 [*omissis*]

§ 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.⁷⁰

Os gestores do Sistema Único de Saúde (SUS) são os legitimados, em cada esfera do governo, para o desenvolvimento de ações naquela área, em âmbito nacional, o Ministro da Saúde, em âmbito estadual, o Secretário de Estado da Saúde e, por fim, em âmbito municipal, o Secretário Municipal de Saúde.

Compete aos gestores a formulação de políticas/planejamento, o financiamento, a coordenação, regulação, controle e avaliação e a prestação direta de serviços de saúde.

Em síntese, o atendimento pelo SUS acontece em três níveis de atenção: de baixa complexidade, que compreende as consultas, exames e procedimentos menos complexos, prestados nas Unidades Básicas ou Postos de Saúde; de média complexidade, referentes a alguns procedimentos de intervenção e tratamentos de doenças crônicas, prestados em unidades de pronto atendimento e, por fim, de alta complexidade, consistente nos tratamentos mais invasivos e de maior risco de vida, prestados em hospitais de grande porte.

1.5.3 Política de fornecimento de medicamentos

Medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades de atenção à saúde da maioria da população; portanto, eles devem estar disponíveis a todo o momento em quantidades adequadas e nas formas e dosagens apropriadas.

A definição dos medicamentos considerados essenciais certamente traz racionalidade ao sistema de saúde porque proporciona a identificação das principais necessidades e otimiza a aquisição dos fármacos.

Todavia, de modo a assegurar programas de medicamentos essenciais adequados, a Organização Mundial de Saúde - OMS recomenda as seguintes diretrizes:

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

1. Confecção de uma lista de medicamentos essenciais elaborada por uma comissão interdisciplinar;
2. Utilização de denominações genéricas;
3. Garantia de qualidade e disponibilidade;
4. Logística no abastecimento, armazenamento e distribuição;
5. Utilização de acordo com as reais necessidades de consumo, evitando-se desperdícios;⁷¹

A definição daqueles medicamentos é fundamental para garantir o equilíbrio do Sistema Único de Saúde à medida que busca sua eficácia proporcionando isonomia de tratamento aos cidadãos, além da otimização dos recursos financeiros, aplicando-os de modo a beneficiar o maior número possível de pessoas.

O Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria n. 3.916, instituiu a Política Nacional de Medicamentos (PNM) cujo objetivo principal é proporcionar eficácia e qualidade no fornecimento de medicamentos, promovendo o acesso à população daqueles considerados essenciais.

Para aquele desiderato, a Resolução n. 03, de 29 de setembro de 2011, fixa as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo em seu art. 2º:

A RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS.

Parágrafo único. Para os fins do disposto nesta Resolução, medicamentos essenciais são aqueles definidos pelo SUS para garantir o acesso do usuário ao tratamento medicamentoso.⁷²

Por sua vez, a listagem será atualizada a cada dois anos, conforme

⁷¹ OMS (Organización Mundial de la Salud), 1977. **Selección de Medicamentos Esenciales**. Informe de un Comité de Expertos de la OMS. Serie de Informes Técnicos 615. Ginebra: OMS.

⁷² BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **RESOLUÇÃO Nº 03, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011**. Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.otics.org/estacoes-de-observacao/regionalizacao/acervo/arquivos/cit/2011/resolucao-rename-apresentada-cit-29set11>. Acesso em agosto de 2016.

disciplinado no parágrafo único do art. 9º.

Os medicamentos constantes na listagem são fornecidos gratuitamente pelo SUS considerando-os essenciais e imprescindíveis para o tratamento dos problemas de saúde da maioria da população.

No entendimento de Vieira⁷³, para um medicamento ser incorporado ao SUS é necessária a comprovação de que sejam seguros, eficazes, efetivos e custo-efetivos. Seguros são aqueles medicamentos que não provocam danos; eficazes, aqueles cujos efeitos e resultados são comprovados cientificamente; efetivos, aqueles cujos efeitos e resultados comprovados cientificamente são os mesmos obtidos quando aplicados em pacientes nas condições reais indicadas para o uso; e custo-efetivos, aqueles que possuem o menor custo dentre as opções de medicamentos efetivos.

Ressalte-se que cada Estado e Município poderá definir sua própria lista de medicamento, com base naqueles fornecidos pelo RENAME, atentando-se, porém, para as peculiaridades de cada região do nosso país, conforme disciplina o art. 6º da Resolução.

Conforme Vieira e Zucchi⁷⁴, isso decorre das diferenças regionais do perfil de morbimortalidade da população brasileira. Mas, possibilita que as listas de medicamentos a serem fornecidos pelo SUS não sejam idênticas em duas Unidades da Federação diversas. Assim, poderia um paciente necessitar de um medicamento não fornecido pelo estado de Mato Grosso, domicílio do paciente, mas o medicamento ser fornecido pelo estado de Mato Grosso do Sul.

Por sua vez, o art. 3º elenca os princípios a serem observados na fixação da relação dos medicamentos considerados essenciais:

Art. 3º A RENAME atenderá os seguintes princípios:

I - universalidade: garantia aos usuários do acesso ordenado aos

⁷³ VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Revista de Saúde Pública. São Paulo: v. 42, n. 2, p. 365-369

⁷⁴ VIEIRA, Fabiola Sulpino e ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública. São Paulo: v. 41, n. 2, 2007, p. 214-222.

medicamentos de forma universal e igualitária para o atendimento da integralidade da assistência à saúde com base nas necessidades de saúde da população;

II - efetividade: garantia de medicamentos eficazes e/ou efetivos e seguros, cuja relação risco-benefício seja favorável e comprovada a partir das melhores evidências científicas disponíveis na literatura, e com registro aprovado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

III - eficiência: garantia de medicamentos que proporcionem a melhor resposta terapêutica aos usuários com os menores custos para o SUS;

IV - comunicação: garantia de comunicação efetiva entre os gestores de saúde sobre o processo de incorporação de medicamentos na RENAME e divulgação ampla, objetiva e transparente dos medicamentos ofertados à população pelo SUS;

V - racionalidade no uso dos medicamentos: as condições de uso dos medicamentos devem seguir as orientações dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e/ou das diretrizes específicas publicadas pelo Ministério da Saúde e do Formulário Terapêutico Nacional (FTN) como estratégia para a promoção do uso racional dos medicamentos nos serviços de saúde e na comunidade; e

VI – serviços farmacêuticos qualificados: garantir a oferta de medicamentos com qualidade e de forma humanizada aos usuários do SUS.⁷⁵

Da análise dos princípios acima mencionados infere-se que o fornecimento de medicamentos pelo RENAME busca a sustentabilidade financeira e social da política pública de saúde à medida que os medicamentos serão fornecidos de forma igualitária entre os cidadãos e de acordo com os recursos financeiros disponíveis.

Em que pese à existência de entendimentos contrários, a padronização dos medicamentos estabelecendo parâmetros e critérios, mostra-se imprescindível para a existência do SUS por garantir segurança, eficácia e eficiência ao sistema público de fornecimento de medicamentos.

⁷⁵ BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **RESOLUÇÃO Nº 03, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011**. Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.otics.org/estacoes-de-observacao/regionalizacao/acervo/arquivos/cit/2011/resolucao-rename-apresentada-cit-29set11>. Acesso em agosto de 2016.

Ademais, a listagem de medicamentos padronizados é definida de acordo com o entendimento de equipe multidisciplinar, com base em evidências científicas, representando prescrição medicamentosa segura e eficaz.

1.5.4 O Financiamento do Sistema Único de Saúde

Com o advento da Carta de 1988 houve profunda reformulação do acesso à população ao sistema público de saúde, eis que, anteriormente só poderiam utilizar os serviços sanitários aqueles que tivessem vínculo de trabalho (cobertura ao contribuinte direito).

Após a promulgação da Carta Política houve a substituição daquele primitivo conceito, estendendo o direito à saúde a todos os cidadãos, já que se passou ao conceito de seguridade social que compreende a previdência e assistência social e a saúde.

A questão do financiamento do SUS encontra-se regulamentada nos artigos 195 e 198 da Constituição Federal, definindo-se que o custeio será efetuado pelos orçamentos das três esferas de governo (União, Estados e Municípios)

Art.195 A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[*omissis*]

Art. 198 [*omissis*]

§ 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.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos

de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º⁷⁶

A destinação de recursos ao Sistema Único de Saúde é matéria imprescindível para seu adequado funcionamento, posto que é por intermédio da receita que será efetivado à população o acesso aos tratamentos e medicamentos necessários, garantindo-se, assim, o direito à saúde.

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 29 houve modificação nos textos primitivos, definindo-se percentuais mínimos de recursos que os três níveis de gestão deveriam aplicar na área da saúde. O descumprimento daqueles percentuais possibilita a intervenção da União nos Estados, DF e Municípios, e dos Estados nos Municípios.

Visando corrigir algumas incongruências da Emenda 29, como a ausência de definição de ações e serviços públicos em saúde, foi sancionada a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal, estabelecendo em seus artigos 6º (Estados e Distrito Federal) e 7º (Municípios e Distrito Federal) as bases de cálculo e aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde, com ressalva para o artigo 5º (União), que foi alterado conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015, em seu art. 2º.

1.5.5 Destinação mínima das verbas para a saúde.

A Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, em seu art. 2º, estabelece:

“Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:”

I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

promulgação desta Emenda Constitucional;

II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;

V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional.⁷⁷

No tocante a base de cálculo e aplicação mínima dos Estados e Distrito Federal a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, em seu art. 6º, menciona:

Art.6º - Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.⁷⁸

Por sua vez, a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, em seu art. 7º, estabelece, a base de cálculo e aplicação mínima dos Municípios e Distrito Federal.

Art.7º - Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos

⁷⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Seção 1, p.1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em abril de 2016.

⁷⁸ BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm. Acesso em Abril de 2016.

recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.⁷⁹

Referida Lei Complementar, em seu art. 2.º, efetuou a identificação do que seriam consideradas despesas efetuadas na área da saúde para atendimento dos percentuais mínimos definidos na Emenda Constitucional n. 29.

Art. 2º Para fins de apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos nesta Lei Complementar, considerar-se-ão como despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e às seguintes diretrizes:

I - sejam destinadas às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito;

II - estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e

III - sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.⁸⁰

Certamente a definição daquele conceito foi importante para garantir a devida aplicação dos percentuais mínimos na área da saúde, impedindo eventuais tentativas de burlá-lo.

Entretanto, sabe-se que os recursos destinados à saúde não são suficientes para atender à demanda, tal fato, aliado ao período de recessão que vivenciamos, por certo dificultará ainda mais o já ruim cenário de carência dos

⁷⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm. Acesso em Abril de 2016.

⁸⁰ BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm. Acesso em Abril de 2016.

recursos públicos destinados à área da saúde.

Infelizmente o crescimento econômico é condição necessária para o financiamento das políticas públicas e serviços essenciais ligados à saúde já que o valor dos repasses econômicos encontra-se vinculado à receita financeira dos entes federativos, conforme mencionado alhures.

Igualmente diante da atual recessão econômica muitos trabalhadores perderão seus empregos e, na carência de recursos financeiros, certamente irão procurar os serviços de saúde fornecidos pelo SUS agravando ainda mais o já precário sistema público.

Não se pode desconsiderar, ainda, a tramitação da PEC 87 que permite a União, Estados, Distrito Federal e Municípios aplicar em outras despesas parte dos recursos hoje atrelados a áreas específicas, como saúde, educação, tecnologia e pesquisa, entre outras, já que permite a desvinculação de até 30% (trinta por cento) das despesas obrigatórias.

Em que pese às manifestações do governo, por certo, caso aprovada, irá representar considerável redução nos recursos financeiros destinados ao já escasso orçamento da saúde.

CAPÍTULO 2

A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 CONSTITUCIONALISMO

O surgimento do Constitucionalismo Moderno tem por marco histórico as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos, após a independência de suas colônias, e da França, após a revolução Francesa, em que pese existirem preceitos de direito constitucional desde a época dos Romanos.

No caso americano, após o reconhecimento oficial de sua independência pela Inglaterra, com a assinatura do Tratado de Paris, no ano de 1783, as antigas colônias constituíram os Estados Unidos da América.

Em razão da independência, e como forma de regulamentar e unificar as diferentes colônias, os Estados Membros reuniram-se para redigir e aprovar as normas que regulamentariam sua existência, elaborando a Constituição Americana.

A França, por sua vez, no final do século XVIII, encontrava-se dividida em três ordens ou estados, constituindo o primeiro grupo o clero, o segundo a nobreza e o terceiro, formado pela maioria da população, entre comerciantes, artesãos e camponeses, onde apenas este último grupo sustentava o Estado efetuando o pagamento de impostos e tributos, já que os dois primeiros grupos eram isentos.

Diante daquela disparidade era nítido o descontentamento da maioria da população que tinha de trabalhar cada vez mais para sustentar os privilégios do alto clero e dos monarcas.

Naquele cenário, em 1789, houve a reunião da Assembleia dos Estados Gerais objetivando a resolução dos problemas que o país enfrentava, no entanto, diante da impossibilidade de consenso, a burguesia, com apoio do baixo clero, proclamou-se em Assembleia Nacional Constituinte com o objetivo de por fim ao regime vigente.

Mencionada Assembleia foi responsável pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸¹, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, a liberdade e o direito à propriedade privada.

Sem dúvida o pensamento iluminista⁸² foi determinante para a proclamação daqueles direitos já que pregava que o monarca era apenas mandatário da vontade popular, cabendo ao Estado o dever de assegurar ao povo seus direitos naturais de igualdade, liberdade e propriedade.

Os iluministas tinham por fundamento a ideia de Estado Liberal, defendida por Locke e Rousseau. Segundo Locke, os governantes deveriam respeitar os direitos naturais do indivíduo já que por intermédio de um contrato social delegaram poderes ao Estado.⁸³

De outro vértice, Rousseau entendia que a sociedade tem origem em um contrato social onde o indivíduo não pode renunciar os bens imprescindíveis ao Estado Natural, consubstanciados na igualdade e liberdade⁸⁴

⁸¹ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, juntamente com os decretos de 4 e 11 de agosto de 1789 sobre a supressão dos direitos feudais, é um dos textos fundamentais voltados pela Assembleia Nacional Constituinte, formada em decorrência da reunião dos Estados Gerais. Adotada em seu princípio antes de 14 de julho de 1789, ela ocasiona a elaboração de inúmeros projetos. Após exaustivos debates, os deputados votam o texto final em 26 de agosto de 1789. Ela é composta de um preâmbulo e 17 artigos referentes ao indivíduo e à Nação. Ela define direitos "naturais e imprescritíveis" como a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração reconhece também a igualdade, especialmente perante a lei e a justiça. Por fim, ela reforça o princípio da separação entre os poderes. Ratificada apenas em 5 de outubro por Luís XVI por pressão da Assembleia e do povo que se dirigiu a Versalhes, ela serve de preâmbulo à primeira Constituição da Revolução Francesa, adotada em 1791. Embora a própria Revolução tenha, em seguida, renegado alguns de seus princípios e elaborado duas outras declarações dos direitos humanos em 1793 e 1795, foi o texto de 26 de agosto de 1789 que se tornou referência para as instituições francesas, principalmente as Constituições de 1852, 1946 e 1958. No século XIX, a Declaração de 1789 inspira textos similares em numerosos países da Europa e da América Latina. A tradição revolucionária francesa também está presente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950. (Disponível em: <http://www.ambafrance-br.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> Acesso em: 12 de janeiro de 2017)

⁸² O Iluminismo foi um movimento cultural e intelectual do século XVIII que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval: "seu programa é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos" (Disponível em: <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/filosofia-politica/filosofia-moderna/iluminismo> Acesso em: 12 de janeiro de 2017.)

⁸³ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil**. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 55.

⁸⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípio do direito político**. Tradução Ciro

Para aquele autor, o poder provinha do povo pela vontade geral e todos os indivíduos detinham os mesmos direitos de liberdade e igualdade.⁸⁵

Imperioso ainda mencionar a obra “O Espírito das Leis”, de Montesquieu, que ressalta a existência de peculiaridades entre os diferentes países, motivo pelo qual não existe um modelo pronto de governo, já que são as leis e não os homens que devem nortear e governar os países.⁸⁶

Montesquieu foi responsável pela célebre teoria tripartite de divisão do poder em três esferas: legislativo, executivo e judiciário, os quais no conjunto harmonizariam e equilibrariam o poder.

Após este breve apanhado histórico, infere-se que a ideia de normas constitucionais teve origem no século XX, com a consolidação do entendimento de que são dotadas de superioridade hierárquica em relação às demais normas jurídicas.

Hans Kelsen explica a propalada superioridade hierárquica das normas constitucionais, mencionando que:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁸⁷

As Constituições democráticas do século XX passaram a destacar seu caráter de norma diretiva fundamental responsável pelo controle dos poderes

Mioranza. São Paulo – SP: Editora Escala Educacional (série Filosofar), 2006, p. 35.

⁸⁵ Apesar da importância de Hobbes, foi com Rousseau, no Contrato Social, que o modelo de representação política com fundamento na ideia de autoridade consolidaria os seus princípios. Para Rousseau, a vontade popular, expressão da vontade geral, não poderia ser representada. A vontade geral é soberana, e sendo soberana é inalienável, indivisível, infalível e absoluta. (Tese de doutorado Desembargador Pedro Manoel Abreu - disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/91342/263771.pdf?sequence=1>)

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 88.

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. 246.

públicos, especialmente de maneira a assegurar a efetivação dos valores constitucionais, dentre eles os direitos sociais.⁸⁸

No entendimento de Luís Roberto Barroso⁸⁹ o constitucionalismo resume-se na limitação do poder e na supremacia da lei. Necessitando, para efetiva validade, que seja dotada de certos atributos e de legitimidade, ou seja, adesão voluntária de seus destinatários, sob pena de mascarar regimes totalitários.

Com o passar dos anos houve a evolução daquele primitivo conceito de normatividade, passando a Constituição a estabelecer prioridades e objetivos a serem alcançados.

Canotilho, definindo o Constitucionalismo, apresenta o seguinte entendimento:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...). É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.⁹⁰

Na doutrina pátria, convém trazer à colação a lição de Alexandre de Moraes⁹¹, de que o direito constitucional é um ramo do Direito Público, essencial/fundamental para a organização e funcionamento do Estado, possuindo por objeto a constituição, a qual é responsável por estabelecer a estrutura, organizar as instituições, a forma de aquisição e limitação do poder por meio da previsão de garantias e direitos fundamentais.

Após o término da segunda guerra mundial a população passou a questionar os valores que estavam dominando o cenário global, especialmente diante da barbárie que ocorreu no período do confronto armado. Desse modo,

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova Crítica do Direito**. 2.^a Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 88.

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 29.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 1999, p. 47.

⁹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

alguns valores passaram a ser inseridos nas Constituições como princípios de observância obrigatória pelos governantes de modo a limitar os poderes do Estado e garantir aos cidadãos seus direitos e garantias essenciais.

José Afonso da Silva conceituando Constituição salienta que: “*Nasce com o destino de reger a vida de uma nação, construir uma nova ordem jurídica, informar e inspirar um determinado regime político-social.*”⁹²

Na lição de Lopes⁹³, devemos entender a Constituição como um sistema de normas jurídicas. A ideia de sistema tem como base e fundamento a harmonia entre as diversas normas jurídicas, que convivem sem choques ou atritos umas com as outras. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais. Os princípios constitucionais unificam e consubstanciam esses valores e diretrizes, para, em seguida, iluminar todo o sistema, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem seguidos.

2.2 NORMAS CONSTITUCIONAIS

Conforme ressaltado alhures, com a atribuição de superioridade das normas constitucionais, ainda no século XX, aquelas passaram a possuir *status* de normas jurídicas, em contraposição ao entendimento anterior de que apenas possuíam caráter político.

Em decorrência daquele novo entendimento, as normas constitucionais passaram a desempenhar importante papel para a garantia e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Luís Roberto Barroso destaca as seguintes consequências em razão daquele novo paradigma:

- a) A Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive, e notadamente, as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas

⁹² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998, p. 223.

⁹³ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 117/118.

constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) A Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais;

c) Os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.⁹⁴

Para o mesmo doutrinador as normas e princípios constitucionais possuem superioridade jurídica em relação a quaisquer outras normas, motivo pelo qual nenhum ato jurídico pode existir validamente se com elas for incompatível.

Destarte, em razão da supremacia jurídica que exercem, todas as demais normas do ordenamento jurídico, para terem validade e eficácia, devem respeitá-las, posto que servem de parâmetro e vetor de interpretação.

As normas jurídicas que integram e compõem o nosso ordenamento jurídico, estruturalmente, podem ser identificadas como princípios ou regras jurídicas.

Essa divisão teve como origem os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Dworkin, o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, devendo esses, em caso de lacuna, ser utilizados, mormente na resolução de casos difíceis, e não quedar a resolução da lide aos juízos de valor do magistrado.

Afirma o autor:

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são

⁹⁴ BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 185.

aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que neste caso em nada contribui para a decisão.⁹⁵

Rothenburg,⁹⁶ compartilhando o entendimento de Robert Alexy sobre a divisão das normas jurídicas, salienta que as normas englobam os princípios e as regras, posto que ambos indicam o que deve ser, podendo ser formulados de acordo com os mandamentos da permissão e da proibição. A distinção entre ambos se trata de diferenciação entre dois tipos de normas.

2.2.1 Importância dos princípios constitucionais

Os princípios constitucionais, na lição de Jacob Dolinger, *“são a porta pelo qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico.”*⁹⁷

Paulo Bonavides⁹⁸ destaca que os princípios constitucionais são fundamentais em nosso ordenamento jurídico para a compreensão da natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo moderno.

Por sua vez, Jorge Miranda⁹⁹ apreciando o tema sustenta que o entendimento contemporâneo é quase unânime em atribuir normatividade aos princípios constitucionais, os quais, juntamente com as regras, integram as normas constitucionais.

A normatividade dos princípios não é restrita aqueles constantes no texto constitucional abrangendo os princípios gerais do direito.

Nesse sentido, ensina Norberto Bobbio:

Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano tanto que é velha questão entre os juristas

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

⁹⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 15.

⁹⁷ DOLINGER, Jacob. **Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts. Recueil des cours**, Volume 283, 2000, p. 229.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 231.

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. tomo II. [s.l]: Coimbra Editora, 2000, p. 227.

se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafuli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de uma espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para o qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacunas? Para regulamentar um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E porque não deveriam ser normas?¹⁰⁰

Diante do caráter normativo, os princípios constitucionais são dotados de inestimável valor jurídico em razão da dependência e vinculação que as demais normas devem observar.

Sobre o assunto, escreve Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁰¹ que compete ao poder público, em suas esferas, e a todos a que à sua ordem se submetem a observância dos princípios constitucionais, especialmente considerando que sendo a Constituição uma lei todos os princípios inseridos expressa ou implicitamente em seu texto devem ser considerados normas jurídicas de observância obrigatória pela sociedade.

Ainda conceituando os princípios Dworkin¹⁰² salienta sua importância junto à comunidade como padrão a ser observado, não para promover uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque representam uma exigência de justiça ou moralidade, já que funcionarão como norte para as decisões judiciais, evitando o juízo discricionário dos juízes e a desvinculação entre o direito e a moral.

A expressão “princípio” é retratada por Celso A. Bandeira de Mello¹⁰³ como o verdadeiro alicerce de todo o sistema jurídico irradiando seu conteúdo sobre

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997, p. 158/159.

¹⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

¹⁰³ MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 747/748.

as demais normas, servindo como norte para a definição da lógica e racionalidade do sistema normativo, sendo, portanto, responsável por harmonizar o sistema jurídico positivo.

Os princípios funcionam como referencial geral ao intérprete e, por seu conteúdo aberto, permitem àquele produzir a melhor solução ao caso concreto em busca do ideal de justiça.

Dessa forma, representam um novo modo de entender e interpretar a Constituição. Essa nova maneira de compreender a Constituição escrita, com forte tendência 'principlista', vê a Carta Magna como uma norma jurídica. A *Lex Superior* deve ser aplicada e interpretada como lei. Assim, as normas constitucionais, quer sejam princípios ou regras, independentemente de sua estrutura, são obrigatórias e vinculantes para seus destinatários, sejam agentes públicos ou privados.¹⁰⁴

Para que se possam compreender com uma relativa segurança os caminhos do constitucionalismo moderno é necessário entender também as reflexões e ponderações feitas pela teoria dos princípios.

Sobre o assunto escreve Ruy Samuel Espíndola:

Assim, é no Direito Constitucional que a teoria dos princípios ampliou o seu raio de circunferência científica, ganhando mais vigor e profundidade para desenvolver-se, pois seu campo, agora, é o universo das constituições contemporâneas, é o estalão das normas constitucionais, é o da explicitação conceitual e iluminação das posições normativas de realidades jurígenas mais vastas e complexas, reflexos da estatuição jurídica do político.¹⁰⁵

Conforme ressaltado, além dos princípios constitucionais expressos também compõem nosso ordenamento jurídico princípios constitucionais implícitos, igualmente dotados de eficácia e vetor de interpretação das demais normas.

¹⁰⁴ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 37/38.

¹⁰⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 72.

Diante do inegável caráter normativo dos princípios, convém traçar algumas diferenças com as regras, de modo a estabelecer com segurança suas distinções.

Willis Santiago Guerra Filho¹⁰⁶ indica alguns pontos que devem ser observados. Inicialmente, segundo aquele autor, os princípios têm um grau incomparavelmente mais alto de generalidade do que a mais geral e abstrata das regras. Outra diferença apontada diz respeito à possível ocorrência de conflitos. Enquanto o conflito de regras tem como consequência uma antinomia, com a perda de validade de uma das regras, o conflito de princípios resulta apenas em privilegiar um, sem que isso acarrete necessariamente o desprestígio ou desrespeito do outro princípio. Por fim, o autor ainda oferece outro argumento para diferenciar o princípio da regra, e esse argumento diferenciador diz respeito a uma característica do princípio que é a sua relatividade.

Portanto, os princípios representam estados ideais a serem atingidos, sem a descrição objetiva da conduta a ser seguida, trata-se de instância reflexiva onde se busca sua aplicação com base nos valores da sociedade.

Já as regras, no entendimento de Humberto Ávila:

São normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.¹⁰⁷

Por sua vez, Luis Roberto Barroso¹⁰⁸ esclarece que as regras buscam predominantemente a segurança jurídica, já que consubstanciam determinações objetivas de conduta delimitadas pelo constituinte ou legislador de acordo com

¹⁰⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 44/45.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 112.

valorizações e ponderações previamente analisadas. Desse modo, não pode o intérprete exercer juízo de valoração ou ponderação quando de sua aplicação, dado seu caráter objetivo, tornando o direito mais previsível e trazendo segurança ao ordenamento jurídico.

2.2.2 Funções dos Princípios Constitucionais

As funções que os princípios constitucionais exercem no ordenamento jurídico vêm merecendo uma atenção especial. Os autores têm apontado algumas funções essenciais que os princípios cumprem no sistema jurídico, destacando-se, contudo, o pensamento de Edílson Pereira de Farias e de Paulo Bonavides.

Edílson Pereira de Farias¹⁰⁹ apresenta duas funções essenciais dos princípios. Segundo o autor, os princípios aparecem como instrumentos hermenêuticos ou como normas de condutas. Desse modo, os princípios são uma norma primária aplicável diretamente a um pressuposto de fato ou uma norma secundária que orienta a aplicação de outra norma.

Paulo Bonavides,¹¹⁰ depois de analisar as reflexões e o pensamento de F. de Castro, Trabucchi e Norberto Bobbio, conclui que os princípios exercem na ordem jurídica as funções fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Sobre as funções relevantes que os princípios exercem no ordenamento jurídico escreve:

Preenchem eles três funções de extrema importância, reconhecidas precursoramente pelo jurista espanhol F. de Castro, que, antecipando-se genialmente à dogmática alemã, conforme assinalou Valdés, assim as compendiou: a função de ser fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva, sem dúvida a mais importante, de enorme prestígio no direito constitucional contemporâneo, a seguir a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a função de fonte em caso de insuficiência da lei ou do costume.¹¹¹

¹⁰⁹ FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 37/38.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 249.

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.

Conforme salientado anteriormente, os princípios possuem função fundamentadora e diretiva da ordem jurídica. Desse modo, quaisquer normas que contrariarem os comandos constantes nos princípios constitucionais, perderão sua vigência ou validade.

A função interpretativa dos princípios significa que estes devem orientar o intérprete no momento de solucionar as questões jurídicas submetidas à sua apreciação. Por derradeiro, temos a função supletiva, pelo qual os princípios realizam a tarefa de integração do Direito, quando ocorrerem às lacunas na ordem jurídica.

Ainda sobre as funções dos princípios, escreve Ruy Samuel Espíndola¹¹² que os princípios constitucionais funcionam como vetor de interpretação para a resolução de situações que não necessitem aplicação normativa, e como parâmetro para os casos que a aplicação jurídica seja necessária, ou seja, além de possuírem o caráter normativo, com diferentes graus de concretização, ainda servem como parâmetro para a interpretação de outras normas jurídicas.

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na lição de Alexandre de Moraes¹¹³ os direitos humanos fundamentais despontaram como produto da fusão de várias fontes, como tradições e pensamentos filosóficos-jurídicos.

O surgimento dos direitos fundamentais, conforme preleciona Ingo Sarlet, *“desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.”*¹¹⁴

Com efeito, os direitos fundamentais, em sua concepção atual, surgiram da fusão de várias fontes, desde tradições arraizadas nas diversas civilizações, até a

254/255.

¹¹² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 248.

¹¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹¹⁴ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 43

conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Aquelas ideias tinham em comum a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder, do próprio Estado, e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno.¹¹⁵

Desse modo, os direitos fundamentais representam uma limitação à atuação do Estado, imposta pela soberania popular.

Nos governos absolutistas, marcados pela concentração do poder estatal, os abusos eram constantes, notadamente ante a falta de aplicação da lei a todos, prevalecendo sempre à vontade do Estado em detrimento a do indivíduo.

Com o surgimento do constitucionalismo os direitos fundamentais, que inicialmente eram vistos como liberdade do indivíduo contra o Estado, foram inseridos na norma jurídica. Assim, a partir daquele momento qualquer violação dos direitos individuais por parte do Estado seria passível de análise pelo Poder Judiciário.

Tal fato, o respeito aos direitos humanos fundamentais pelos representantes do Estado, é um dos pilares que sustenta o próprio Estado Democrático de Direito.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que:

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: 1 - significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio direito de igualdade e da participação política); 2 – implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos da próprio princípio democrático; 3 – envolve a abertura

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 01/02.

do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivo de uma democracia econômica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia.¹¹⁶

Ressalte-se que os direitos fundamentais são imprescindíveis em todas as Constituições como forma de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, garantir a limitação do poder, além de buscar o desenvolvimento da personalidade humana.¹¹⁷

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se delimitados no título II, de nossa Constituição Federal, divididos em 5 (cinco) capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

Por sua vez, a doutrina pátria a classifica em gerações de acordo com o momento em que foram inseridos na Constituição. Os direitos fundamentais de primeira geração estão relacionados aos direitos e garantias individuais, os de segunda geração aos direitos sociais, econômicos e culturais e os de terceira geração aos direitos de solidariedade ou fraternidade.

De acordo com o gênero, os direitos fundamentais podem ser divididos entre:

[...] direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a Constituição de 1988 os prevê no art. 5º [...];

[...] direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, como preleciona o art. 1º, IV. [...]. A constituição consagra os direitos sociais a partir do art. 6º.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995, p. 430.

¹¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 2.

[...] direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-se ao cumprimento de deveres impostos;

[...] direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

[...] direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.¹¹⁸

Celso de Mello,¹¹⁹ com base na ordem histórica e cronológica em que os direitos fundamentais foram reconhecidos, classifica-os em primeira, segunda e terceira gerações, conforme se infere em voto proferido em julgamento no Supremo Tribunal de Justiça.

Naquela oportunidade asseverou que os direitos de primeira geração, consistentes nas liberdades clássicas, negativas ou formais, fundamentam o princípio da liberdade, enquanto que os direitos de segunda geração, consistentes nas liberdades positivas, reais ou concretas, consagram o princípio da igualdade.

Por sua vez, os direitos de terceira geração correspondem aos direitos coletivos, embasam o princípio da solidariedade imprescindível para o desenvolvimento e reconhecimento dos direitos humanos enquanto valores essenciais indisponíveis.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13/14.

¹¹⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Tribunal**. (1995). Pleno. MS n. 22164/SP – rel. Min. Celso Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov/1995, p. 39-206.

2.3.1 Direitos Fundamentais de primeira dimensão

Referem-se aos direitos individuais de liberdade representando a não intervenção do Estado nas liberdades individuais do cidadão.

Paulo Bonavides¹²⁰ salienta que os direitos da primeira dimensão, por serem os primeiros a constarem no texto constitucional, além de garantir os direitos da liberdade, possuem um prisma histórico.

Para José Afonso da Silva:

[...] direitos fundamentais do *homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado; por isso são reconhecidos como *direitos individuais*, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art. 5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (França).¹²¹

Diante de todo o explanado, nos direitos fundamentais de primeira dimensão são considerados e valorizados direitos de resistência ou oposição perante o Estado, sendo deste exigido um comportamento de abstenção, por isso também são chamados de direitos negativos.

2.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Inicialmente compete ressaltar que os direitos de segunda dimensão não excluem os direitos que lhes são precedentes, pelo contrário, visam complementá-los.

Denotam a evolução do Estado Liberal, onde se buscava o máximo do bem-estar comum com a interferência mínima do Estado nas áreas política, econômica e social, valorizando-se o individualismo, para o Estado Social onde deveria haver efetiva atuação estatal para a realização da justiça social, dando-se maior relevo aos direitos sociais.

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 555.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 182-183.

Neste cenário, valorizou-se a preocupação da proteção da dignidade da pessoa humana com forma de garantir as condições imprescindíveis a uma vida minimamente digna.

Tratam-se, em suma, dos direitos sociais implementados na tentativa de o Estado minorar os problemas sociais que acometem à população, exigindo, portanto, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, conduta ativa do Estado, razão pela qual também são denominados direitos positivos.

Efetuando a diferenciação com a primeira dimensão (geração) de direitos, Celso Lafer preleciona que:

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, cabe dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los [...] Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.¹²²

O direito do trabalho, à subsistência, ao teto, na percepção de Themistocles Brandão Cavalcanti,¹²³ constitui reivindicações aceitas por todas as correntes políticas, dadas as exigências reiteradas das classes menos favorecidas para um maior nivelamento das condições econômicas, ou, pelo menos, uma atuação mais ativa do Estado de modo a evitar a supremacia dos interesses economicamente mais fortes.

¹²² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 127.

¹²³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964, p. 197.

2.3.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Conforme salientado anteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, houve o questionamento dos valores que dominavam o cenário mundial.

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho (1919), houve valorização e respeito aos direitos humanos em nível global.

Desta forma, os direitos de terceira dimensão representam os direitos de fraternidade, solidariedade, de meio ambiente equilibrado, do consumidor e, de modo geral, todos aqueles que beneficiam a sociedade.

Paulo Bonavides leciona:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já o enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.¹²⁴

Trata-se da proteção constitucional aos chamados direitos de solidariedade e fraternidade que abrangem o direito ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, a preponderância da paz e da autodeterminação dos povos.¹²⁵

Sua essência reside na valorização dos sentimentos de solidariedade e fraternidade de modo a ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.¹²⁶

¹²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563-569.

¹²⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

¹²⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

2.3.4 Os direitos fundamentais de quarta dimensão

Alguns doutrinadores ainda pregam a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, apesar de não existir consenso acerca de seu conteúdo.

Dentre os autores que aderem àquele entendimento tem-se Paulo Bonavides¹²⁷ que, apreciando o tema, afirma que a concretização de uma sociedade moderna, em sua dimensão de máxima universalidade, depende da efetividade dos direitos de quarta geração, assim considerados o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo político.

Norberto Bobbio¹²⁸ leciona que se tratam dos direitos relacionados à engenharia genética, especialmente dos efeitos traumáticos relacionados às pesquisas biológicas, que permitirá, em futuro próximo, a manipulações genéticas de cada indivíduo.

2.3.5 O Estado de direito e os direitos fundamentais

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹²⁹ analisando a importância da inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional, assevera que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político que visa limitar a atuação estatal, decorrente de um quadro normativo geral e abstrato, de modo a garantir a defesa do cidadão.

Por sua vez, Klaus Stern,¹³⁰ apresenta importante noção da interdependência entre a Constituição e os direitos fundamentais, asseverando que, na segunda metade do século XVIII, havia uma convergência nas ideias de Constituição e direitos fundamentais, já que ambas correspondiam a limites normativos impostos ao poder estatal.

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.

¹²⁹ MELLO, Celso A. Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 658.

¹³⁰ STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, vol I, 2. ed., München: C. H. Beck, 1984.p.181.

Portanto, não há que se falar em Estado Democrático de Direito sem a existência da inserção de direitos fundamentais em sua constituição, já que estes representam *conditio sine qua non* de sua existência.

Da mesma forma, a ausência do Estado de Direito impede a garantia e concretização dos direitos fundamentais, ou seja, ambos se encontram umbilicalmente ligados.

Por sua vez, Ferrajoli assevera que todos os direitos fundamentais expressam vínculos essenciais que condicionam a validade das normas produzidas, além de expressarem os objetivos que norteiam o Estado Democrático de Direito.¹³¹

Em síntese, os direitos fundamentais atuam como vetores de todo o ordenamento jurídico à medida que as normas legais, para terem validade jurídica, devem observar e respeitar os valores.

2.3.6. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A ideia de direitos fundamentais, por sua natureza de essencialidade, precede o surgimento do constitucionalismo, já que este apenas foi responsável pela inserção de direitos humanos, considerados essenciais, no texto constitucional, de modo a limitar eventuais abusos de poder pelos governantes e garantir ao cidadão o mínimo de direitos e garantias básicas.

Desta feita, por sua natureza e essencialidade, os direitos fundamentais constituem o alicerce de todas as Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

Nossa Carta Política, pelo contexto histórico de tortura e desrespeito à pessoa humana no regime militar, consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme destacado por José Afonso da Silva.¹³²

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. In: Ferrajoli, L. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Trad. Perfecto Andrés et al. Madrid: Trotta, 2001.

¹³² SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição**.

Ainda acerca do aspecto histórico, Paulo Bonavides ressalta sua importância para a compreensão da evolução do constitucionalismo no Brasil:

Traçando a evolução constitucional do Brasil devemos concentrar todo o interesse indagativo e toda a diligência elucidativa numa sequência de peculiaridades, de ordem histórica e doutrinária, que acompanharam e caracterizaram o perfil das instituições examinadas, designadamente com respeito à concretização formal e material da estrutura de poder e da tábua de direitos cujo conjunto faz a ordenação normativa básica de um Estado limitados de poderes.¹³³

Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁴ ao mencionar que os direitos fundamentais constituem, juntamente com os princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da Carta Política, revela a necessidade de sua inserção no texto constitucional como forma de impedir eventuais descumprimentos pelos governantes, especialmente considerando-se o recente passado de abusos por parte da ditadura militar e do totalitarismo.

Sem dúvida a inserção dos direitos fundamentais no texto constitucional representa enorme conquista à população na medida em que protege os cidadãos da própria ação ou omissão estatal passível de sua violação.

Acerca da importância dos direitos fundamentais, Lourival Vilanova¹³⁵ considera uma conquista do Estado Democrático de Direito a delimitação dos direitos considerados fundamentais aos indivíduos e as garantias destinadas a torná-los efetivos em detrimento de outros indivíduos ou do próprio Estado.

A Constituição brasileira, a exemplo de inúmeras outras Constituições modernas, traz em seu corpo vários textos referentes aos direitos fundamentais do homem e suas garantias, que limitam a ação do Estado, e também, colocam-se a

São Paulo: Malheiros, 2002, p. 196.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 06/08/2012.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

¹³⁵ VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970, p. 43.

garantir o mínimo de exigências para que todos possam viver e desenvolver livremente suas atividades lícitas¹³⁶.

Com o término da ditadura militar, época em que a população não possuía praticamente nenhum tipo de direito, o Brasil passou por um período de redemocratização. Em decorrência daquele regime de exceção, de autoritarismo e exclusão social, sobreveio a Constituição de 1988, intitulada de Constituição Cidadã, onde, provavelmente por conta daquela época de restrições, inseriu-se uma grande gama de direitos individuais e sociais.

Naquele contexto, já no preâmbulo, constata-se o pensamento dominante do constituinte em garantir a observância e prevalência dos direitos fundamentais, consta da redação:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.¹³⁷

A inserção dos direitos fundamentais em seu preâmbulo denota a importância que o constituinte lhes atribuiu, conforme salientado anteriormente, de vetores de todo o ordenamento jurídico.

Deve-se analisar e interpretar o texto constitucional de acordo com o contexto histórico em que foi criado, especialmente considerando que o direito não é estático, pelo contrário, sofre constante mutação.

Por fim, não satisfeito, e como forma de perpetuar os direitos fundamentais na Carta Política, o Constituinte originário incluiu os direitos e

¹³⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 259.

¹³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

garantias individuais no rol das cláusulas pétreas, do art. 60, § 4^a, da CF, evitando eventuais violações de seus preceitos pelos Constituintes derivados.

Neste contexto, de evidente supremacia dos direitos fundamentais sobre quaisquer outros, o texto constitucional os elencou no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente dos artigos 5º ao 17, Capítulo I, Dos direitos e deveres individuais e coletivos; Capítulo II, Dos direitos sociais; Capítulo III - Da nacionalidade; Capítulo IV - Dos direitos políticos; Capítulo V - Dos partidos políticos.

2.3.7 Aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

A Constituição de 1988 determinou expressamente, no art. 5º, § 1º, que *"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"*.

Em que pese à clareza gramatical do enunciado o tema é controvertido entre os doutrinadores.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³⁸ entende que, apesar do texto constitucional, não há que se falar em aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, porquanto se trata de norma incompleta, que depende de regulamentação infraconstitucional. Justificando seu entendimento, pondera o autor, que a Carta Magna conferiu os meios para a defesa dos direitos fundamentais, diante de eventual inércia na regulamentação daqueles preceitos, como o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Por sua vez, Celso Ribeiro Bastos¹³⁹ ressalta que a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais deve ser a regra, comportando duas exceções: quando a Constituição expressamente condicionar seu exercício à vigência de lei específica ou na inexistência de elementos mínimos que assegurem sua aplicação (vazio semântico), transformando o Magistrado em Legislador.

¹³⁸ FERREIRA FILHO, **Manoel Gonçalves**. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 389.

Referido entendimento é acompanhado por José Afonso da Silva¹⁴⁰ ao mencionar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais se aplicam até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento.

Calha, ainda, trazer à colação o entendimento do autor acerca da definição das normas constitucionais de eficácia plena, onde menciona que possuem aplicabilidade imediata, por conterem todos os meios necessários à sua executoriedade, ou seja, são autoaplicáveis já que não dependem de regulamentação complementar.¹⁴¹

Ingo Wolfgang Sarlet, também compartilha deste último entendimento, manifestando que o § 1º, do art. 5º veicula norma de caráter principiológico, razão pela qual possui aplicabilidade imediata, somente passível de descumprimento em casos de necessária justificação ou fundamentação.

Todavia, ressalta a possibilidade de graduação de aplicabilidade dos direitos fundamentais, dependendo da forma de posituação, do objeto e da função que cada preceito desempenha.

Já Canotilho resolve o problema da aplicabilidade imediata dividindo-os em duas categorias distintas: as normas definidoras de liberdades e garantias e as normas sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Aponta que os direitos, liberdades e garantias são aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das opções constitucionais, trazendo uma pretensão jurídica individual (direito subjetivo), razão pela qual a doutrina insiste na sua aplicabilidade direta.

Afirma Canotilho:

Se as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias são dotadas de aplicabilidade directa (o que não significa

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998, p. 223.

ser a mediação legislativa desnecessária ou irrelevante), então é porque os direitos por elas reconhecidos são dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei.¹⁴²

Por outro lado, os direitos econômicos, sociais e econômicos são aqueles que pressupõem uma atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos. Contudo, para o autor, a efetivação desses direitos não deve ser apenas um apelo do legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos. Por tal fato, conclui:

A inércia do Estado quanto à criação de condições de efectivação pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão, considerando-se que as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvem a realização do direito fundamental ou realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida.¹⁴³

Apesar da existência de certa divergência doutrinária, a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais foi prevista pelo legislador constitucional, razão pela qual não se pode negar sua existência, nem tampouco reduzir seu alcance.

Sabe-se que existem normas de direitos fundamentais no Texto Constitucional que demandam complementação, seja por legisladores infraconstitucionais, seja pelos administradores, para sua efetiva aplicação, todavia, não se pode negar sua máxima aplicabilidade, sob pena de inviabilizar um dos objetivos do Estado Brasileiro que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Invariavelmente a Constituição Federal de 1988 simboliza um marco na redemocratização do Brasil, passando os direitos sociais fundamentais a desempenhar grande importância no dia-a-dia da população brasileira.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.545.

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 524.

Com efeito, por conta da inserção dos direitos fundamentais sociais na Carta Magna, os cidadãos passaram a ter direito à igualdade não apenas em aspectos formais, mas também de forma material. A Constituição Federal de 1988 buscou garantias fundamentais a todo cidadão de modo a proporcionar condições mínimas de dignidade e igualdade a todos de forma indistinta.

A revolução industrial modificou profundamente o modo de vida e de produção no final do século XVIII, e ao longo do século XIX, assim, os direitos fundamentais de primeira geração, ligados aos direitos individuais, já não se mostravam suficientes para atender aos anseios da sociedade.

Os indivíduos necessitavam, além da proteção aos direitos individuais, de prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, já que passaram a ser identificados como sujeitos de direitos.

Houve a transição do Estado liberal para o social, com isso o Estado passou a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida do cidadão, já que não se mostrava suficiente apenas a garantia da segurança, propriedade e liberdade, sendo necessário a instituição de prestações de cunho social em busca do bem-estar coletivo.

Os direitos sociais encontram-se positivados no Capítulo II, art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disposto nos seguintes termos:

Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência a os desamparados, na forma desta Constituição.¹⁴⁴

Da análise do artigo supramencionado infere-se que os direitos sociais objetivam prestações positivas do Estado como condão de possibilitar melhores condições de vida à população, especialmente na tentativa de reduzir a profunda desigualdade social que existe em nosso país (justiça distributiva).

¹⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

No entendimento de Ricardo Castilho¹⁴⁵ a justiça distributiva busca uma conduta ativa dos governantes de modo a efetuar a distribuição de benefícios, ou de ônus, de acordo com critérios de relevância para a sociedade.

Ainda sobre o tema, colhe-se do autor Italiano Pierfrancesco Grossi:

Si perviene così ad una prima qualificazione dei diritti sociali come diritti a ricevere prestazioni positive(33): caratteristica questa che vale non soltanto a differenziarli dai diritti di libertà che – come si è detto – impongono ai loro soggetti passivi un dovere esclusivamente negativo (34), ma anche a distinguerli all'interno del genus dei diritti c.d. civili, con i quali spesso vengono scorrettamente confusi e che si identificano, invece, con tutti i diritti che spettano genericamente ai soli cittadini nei confronti dello Stato e degli enti pubblici e che si presentano come comprensivi nella loro sfera anche di quelli che – come, per esempio, i diritti di godimento su beni demaniali di uso pubblico – non impongono necessariamente alla controparte l'obbligo di fornire una prestazione di dare o di fare.¹⁴⁶

Infere-se, pois, que os direitos sociais se encontram profundamente interligados à noção de dignidade da pessoa humana e da justiça social, valores e objetivos elencados por nossa Constituição como prioritários.

Luís Roberto Barroso,¹⁴⁷ ressaltando a importância da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico ressalta que funciona como valor fundamental e princípio constitucional razão pela qual pode ser utilizada como justificação moral e como fundamento jurídico normativo.

Invariavelmente a dignidade humana e os direitos fundamentais encontram-se umbilicalmente relacionados, assim como a dignidade da pessoa

¹⁴⁵ CASTILHO, Ricardo, **Justiça Social e Distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21.

¹⁴⁶ Ele vem assim a uma primeira qualificação dos direitos sociais Como receber benefícios positivos (33): uma característica que se aplica não apenas volumes para diferenciá-los dos direitos de liberdade - como já foi dito - exigem que seus contribuintes um dever exclusivamente negativo (34), mas também para diferenciá-los dentro do gênero dos direitos cd Civic, com os quais muitas vezes são confundidas e incorretamente identificando-se, no entanto, com todos os direitos que geralmente pertencem apenas aos cidadãos para com os organismos estatais e públicos, e que são tão abrangente em sua esfera mesmo aqueles - como, por exemplo, os direitos de voto sobre a propriedade do estado para uso público - não necessariamente impor l'obbligo homólogo asa para fornecer Uma desempenho mais ou menos. (Tradução Livre). Pierfrancesco Grossi, **Il Diritto Costituzionale e tra principi di libertà e istituzioni**, segunda edizione, Cedam, 2008, pg.29.

¹⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 83.

humana encontra-se relacionada com o direito à vida, já que este constitui pressuposto para o exercício de qualquer direito.

Kant¹⁴⁸ propõe que o homem é um fim em si mesmo, devendo o Estado e Direito estar organizados em benefício dos indivíduos. Fato este que foi determinante para o surgimento da dignidade da pessoa humana.

Sem dúvida a segunda grande guerra mundial também representou importante marco para a fixação da noção de dignidade humana, naqueles tristes anos o mundo deparou-se com uma desvalorização completa da vida humana, não havendo qualquer respeito mínimo ao semelhante.

Dessa forma, ao término da guerra vários países inseriram a noção de dignidade da pessoa humana, como valor supremo, em seus textos constitucionais de modo a evitar que novas barbáries ocorressem.

José Carlos Vieira de Andrade¹⁴⁹ sublima que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos menciona que *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”*¹⁵⁰

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é a base de todo o sistema dos direitos fundamentais e, no caso dos direitos fundamentais sociais, busca, em síntese, por intermédio da justiça social e distributiva, assegurar uma vida digna a todos.

José Afonso da Silva conceitua os direitos sociais como:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que

¹⁴⁸ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 53.

¹⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 102.

¹⁵⁰ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em setembro. 2016.

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como exercício efetivo da liberdade.¹⁵¹

Sedimentado o conceito de dignidade da pessoa humana em foro constitucional, situa-se o Direito à saúde com expressão desse direito fundamental.

2.5 DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde passou ao *status* de direito fundamental durante a revolução industrial onde, por conta da necessidade de produção, foi preciso garantir a saúde dos operários para o cumprimento das metas de produção.

De início, tratava-se de direito exclusivo da classe operária já que, inevitavelmente, havia o interesse econômico em sua instituição, uma vez que os operários eram imprescindíveis para a produção e, conseqüentemente, para a geração de lucros.

O alcance do direito à saúde obteve nova definição após a segunda grande guerra, época em que a escassez de recursos financeiros e o sofrimento da população foram determinantes para o surgimento do Estado Social, onde a saúde passou a ser direito de todos.

Naquele contexto, segundo Siqueira e Ragazzi,¹⁵² o direito à saúde deixou de ser exclusivo da classe operária, não se permitindo qualquer espécie de discriminação, eis que passou a constituir um dos direitos fundamentais inerente a todos.

O surgimento da Organização das Nações Unidas – ONU, e sua Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, foi determinante para a

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 285.

¹⁵² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAGAZZI, José Luiz. **Direitos Fundamentais, da normatização à efetividade nos vinte anos de constituição Brasileira**. Editora Boreal, São Paulo, 1ª Ed., 2008, p. 19.

inclusão da proteção dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos de vários países.

O próprio conceito de saúde foi modificado de “ausência de doenças”, na época da industrialização, para “um estado de completo bem-estar-físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, segundo a Organização Mundial de Saúde – OMS.

Em nossa Constituição Federal o direito à saúde encontra-se assegurado no art. 196, como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas, com garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços.

No mesmo sentido, conceituando o direito à saúde, colhe-se do entendimento do autor Espanhol Juan José Solozábal Echavarría:

El derecho a la protección de la salud es un derecho “materialmente” fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona.¹⁵³

Pela análise do artigo supramencionado, constata-se que a saúde se encontra inserida dentre os direitos sociais, por beneficiar a todos indistintamente, necessitando a atuação positiva do Estado, por meio de políticas públicas, para garantir sua efetiva realização.

Nesse sentido, salientando a necessidade de intervenção efetiva do Estado para a implementação do direito à saúde, entende a autora Espanhola Elsa Marina Álvarez González:

En primer lugar, el derecho a la salud es um derecho del sujeto a

¹⁵³ O direito à proteção da saúde é um direito "materialmente" fundamental para que ele tenha a ver com a relevância do seu conteúdo e sua estreita relação com a dignidade da pessoa, de modo que alguém que não conseguir uma proteção sua saúde suficientemente indignamente deve ser considerada e tratada seriamente prejudicada em seu desenvolvimento como pessoa. (Tradução Livre). SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, **Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas.**

prestaciones sanitárias a satisfacer – com maior o menor densidade – mediante la actividad de los poderes públicos, y ello em um doble plano: el preventivo y el efectivamente asistencial. En segundo lugar, el carácter universal e igualitário del derecho a la salud, lo que significa que la simple condición de ciudadano es cualidad suficiente para ser beneficiário de las prestaciones sanitarias. Enterceer lugar, la garantía constitucional de un mínimo asistencial en la determinación de las prestaciones y servicios necessários.¹⁵⁴

Portanto, o direito à saúde se trata de direito social, que envolve a superação das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida da população. Ressalta-se que a promoção à atenção à saúde faz parte do elenco de políticas sociais necessárias para a construção de uma sociedade justa e democrática.

Nesse sentido, a efetivação do direito à saúde depende do provimento de políticas sociais e econômicas que assegurem desenvolvimento econômico sustentável e distribuição de renda; cabendo, especificamente ao SUS a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e das coletividades de forma equitativa.

José Cretella Júnior,¹⁵⁵ na obra "Comentários à Constituição de 1988", asseverou que o direito à saúde representa tanto o interesse individual como o coletivo. No âmbito individual constitui pressuposto para a própria existência do indivíduo, posto que sua ausência é causa determinante para a morte. Já na seara coletiva a saúde dos integrantes da população é condição necessária à conservação da defesa do território e do progresso material, moral e político.

Vale salientar que a competência quanto à responsabilidade do poder Público é comum à União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios e que estes

¹⁵⁴ Em primeiro lugar, o direito à saúde está sujeito hum direito a serviços de saúde para atender - mais ou menos com Densidade - através da actividade das autoridades públicas, e esta dupla plana em hum: cuidados preventivos e de forma eficaz. Em segundo lugar, direito universal e igual a personagem de saúde, o que significa que o status simples cidadão é o suficiente para ser um beneficiário de qualidade dos cuidados de saúde. Enterceer, a garantia constitucional de uma assistência mínima na determinação de benefícios e serviços necessários. (Tradução Livre). GONZÁLEZ, Elsa Marina Álvarez. **Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública, Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria**. Granada: Editorial Comares, 2007, p. 234.

¹⁵⁵ CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Volume VIII (artigos 170 a 232). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4331.

deverão cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, conforme o artigo 23, inciso II da CF.

Desta forma, todos os entes da Federação, cada qual no seu âmbito administrativo, têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde aos cidadãos brasileiros como forma de garantir o cumprimento daquele direito fundamental e evitar o ajuizamento de demandas judiciais para sua efetivação.

CAPÍTULO 3

INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

3.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

Sabe-se que o atual modelo vigente em nossa, e na grande maioria das democracias mundiais, contempla a divisão das funções estatais de forma tripartite, onde cada um dos poderes exerce uma função específica. O grande precursor da teoria da separação dos poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos, foi Charles de Montesquieu, em sua obra *o espírito das leis*, esta baseada nos estudos de Aristóteles e de John Locke.

Montesquieu, naquela obra, sistematiza a divisão dos poderes mencionando a importância de ser previamente estabelecida a autonomia e a competência dos mesmos recorrendo que, apesar de autônomo, cada um deles é responsável por exercer o controle dos demais, criando o chamado sistema de freios e contrapesos.

Por este sistema os poderes são harmônicos e independente entre si, no entanto, como forma de manter o equilíbrio entre eles e evitar abusos, cada um pode e deve fiscalizar os demais.

Delimitando melhor os estudos de Aristóteles e John Locke, Montesquieu inovou ao introduzir entre as funções estatais “o poder de julgar”, atribuindo-lhe caráter nulo (politicamente neutralizado) e independente, ressaltando que lhe caberia essencialmente interpretar as leis.

Na dicção de Montesquieu os juízes são “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”¹⁵⁶.

¹⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 205.

Portanto, a base da teoria de Montesquieu fundamenta-se na igualdade e equilíbrio entre os poderes.

É nesses termos que Montesquieu preleciona:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.¹⁵⁷

Não existe assim hierarquia entre os poderes que, conforme mencionado alhures, são independentes e harmônicos entre si, contudo, para evitar eventuais exageros, especialmente por conta da concentração do poder, cabe a cada um fiscalizar os demais.

Na mesma linha de entendimento, José Afonso da Silva¹⁵⁸ destaca que a independência dos poderes significa que a investidura e exercício das atribuições que lhes sejam próprias independe do consentimento dos demais poderes. Da mesma forma, existe liberdade para a organização dos respectivos serviços observadas apenas os ditames legais e constitucionais.

Ressalte-se ainda, que apesar de cada um dos órgãos estatais exercer funções que lhe são típicas, excepcionalmente, poderão desempenhar funções típicas de outro, em caso de expressa previsão, ou em decorrência de delegação parte do poder originário, onde surgem as funções ditas atípicas, sem que haja o rompimento da separação dos poderes.

¹⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 205.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106.

Aludido sistema originariamente foi desenvolvido para afastar governos absolutistas, evitando-se a concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa. Atualmente esse sistema é imprescindível para a defesa do Estado Democrático de Direito.

A conhecida separação dos poderes, segundo o critério funcional, consiste em distinguir as funções estatais, entre legislação, administração e jurisdição, devendo ser atribuídas a três órgãos independentes entre si, que as exercerão com exclusividade, tornando-se o princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e prevista no art. 2º da Constituição Federal.¹⁵⁹

A separação dos poderes busca garantir o equilíbrio entre minorias e majorias na direção das decisões públicas, ora resguardando as minorias mediante a proteção do Poder Judiciário, ora impedindo que qualquer órgão e/ou grupo de pessoas tome para si a condução das decisões públicas.

Diante desta constatação o Poder Judiciário passou a interferir de forma indireta, por meio das ações judiciais, nas políticas públicas,¹⁶⁰ especialmente na área da saúde, resguardando o cumprimento dos preceitos constitucionais, mais especificadamente o direito social à saúde.

Nossa Constituição Federal, em seu artigo 2º, previu a separação dos poderes, nos seguintes termos: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹⁶¹

O mesmo texto constitucional conferiu as funções estatais aos ditos Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, inclusive estabelecendo a separação dos poderes como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III).

¹⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385.

¹⁶⁰ [...] política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo juridicamente regulado [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” - BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (coord.). Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 69.

¹⁶¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

§ 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.¹⁶²

Pelo delineado, não resta dúvida que o objetivo inicial da separação dos poderes é a garantia do processo democrático, impedindo a concentração do poder nas mãos de poucos, contudo, não há como negar que, modernamente, também objetiva a garantia dos direitos fundamentais.

Desse modo, no Estado Democrático de Direito, uma vez violados os direitos fundamentais, compete ao Poder Judiciário, de forma autônoma e independente, analisar o caso concreto, resguardando-os de eventuais violações por parte dos demais poderes.

3.1.2 Baixa efetividade das políticas públicas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, ganharam maior relevância, obrigando o Estado a adotar políticas públicas para sua efetivação de modo a atingir um dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º, I, da Constituição Federal, a saber, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para a concretização deste objetivo compete ao Poder Público, por intermédio das políticas públicas, assegurar o desenvolvimento econômico de forma sustentável e melhorar a distribuição de renda da população.

Para Ana Paula de Barcellos¹⁶³ cabe ao Poder Público implementar políticas públicas, consistentes em ações e programas variados, de modo a efetivar os comandos constantes em nosso ordenamento jurídico.

¹⁶² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

Analisando o conceito acima mencionado constata-se que as políticas públicas denotam ações governamentais instituídas para a concretização de obrigações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico.

Neste prisma, as políticas públicas, em que pese ser fortemente ligadas a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, não se destinam apenas a sua concretização, já que existem outras interferências do Estado junto ao meio social que não estão previstas na Constituição Federal.

Diante da impossibilidade de se disciplinar, por lei, todas as hipóteses de atuação da Administração Pública na vida social, surgiu à necessidade de permitir ao agente público certa flexibilidade na tomada de suas decisões.

Com o advento do Estado Social, onde o poder público passou a ter atuação positiva para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o poder discricionário do administrador público, apesar de ainda ter certa margem de flexibilidade, passou a sofrer maior intervenção por parte do Poder Judiciário de modo a garantir a efetivação dos direitos constitucionais.

Assim, ao administrador público foi atribuído o planejamento do futuro, com o estabelecimento de políticas públicas a médio e longo prazo para atender o interesse público.

Essa atribuição de maior discricionariedade à administração pública – principalmente nos ordenamentos dos países em desenvolvimento – não raro serve de palco para o comportamento arbitrário do agente, que transforma os critérios subjetivos de oportunidade e conveniência em refúgio para uma atuação que pouco ou nada se amolda aos fins legais que deveriam ser perseguidos pela Administração. Assim, a saúde, a educação, a moradia e diversos outros direitos sociais estampados na Constituição de 1988 na forma de “normas programáticas” continuam sufocados ou precariamente atendidos em nome da discricionariedade na fixação das prioridades administrativas.¹⁶⁴

¹⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo v.240, 2005. p. 90.

¹⁶⁴ FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Ressalte-se que ambos os atos, vinculados e discricionários, encontram-se submetidos à observância das leis, contudo, estes últimos gozam de certo grau de liberdade do administrador público na tomada das decisões.

O Poder Público deve sempre agir no interesse da coletividade buscando meios de atingir a finalidade prevista no ordenamento jurídico. Trata-se, na verdade, de um dever discricionário, já que, fixado um objetivo pelo legislador, não pode o administrador público simplesmente ignorá-lo.

Conforme ressaltado, nem sempre o legislador disciplina de forma expressa todas as possibilidades que permitem a atuação do administrador público para a concretização das finalidades previstas em lei, especialmente no campo das políticas públicas.

Vislumbram-se tais hipóteses na utilização pelo legislador de conceitos vagos e indeterminados. Nestes casos deve-se ter em mente que o legislador não conseguiu delimitar, de modo objetivo, todas as hipóteses possíveis, atribuindo certa margem de discricionariedade ao agente público justamente para que, ao analisar o caso concreto, possa adotar o comportamento que melhor se adapte aos objetivos da lei.

As políticas públicas, especialmente aquelas voltadas à área da saúde, devem, além de garantir o acesso dos cidadãos aos serviços públicos de saúde, garantir a sustentabilidade do próprio sistema de modo a permitir que as futuras gerações também possam usufruir de todos os benefícios atualmente prestados.

Juarez Freitas¹⁶⁵ mostra a necessidade de as políticas públicas inclinarem-se para a sustentabilidade do sistema, salientando a necessidade de pensarmos a médio e longo prazo, além de desenvolvermos estratégias duradouras, especialmente considerando que as políticas atuais tendem a influenciar a vida daqueles que ainda não nasceram.

¹⁶⁵ FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Em um Estado Democrático de Direito compete ao Poder Executivo alocar os recursos para efetivação dos direitos sociais dentre eles à saúde, bem como definir as políticas públicas que serão implementadas. Entretanto, sabe-se que, historicamente, a efetivação dos direitos sociais vem sendo negligenciada no Brasil, por este motivo, o Poder Judiciário, quando provocado, passou a garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, diante da precariedade das políticas públicas, especialmente concernente à distribuição gratuita de medicamentos, o Poder Judiciário passou a atuar, de forma mais ativa para garantir a efetivação do direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, colhe-se do magistério de André da Silva Ordacgy,¹⁶⁶ a conhecida deficiência do sistema público de saúde brasileiro, aliada ao frágil sistema de fornecimento gratuito de medicamentos, certamente são responsáveis pelo incremento do ajuizamento de demandas judiciais objetivando tutelas de saúde para a efetivação de fornecimento de fármacos ou tratamento médico.

3.2 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A independência do Poder Judiciário, conforme salientado alhures, representa um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, competindo-lhe a função de determinar qual a norma, dentre aquelas constantes no ordenamento jurídico, deve ser aplicada às especificidades do caso concreto submetido a sua apreciação.

Com base no princípio do amplo acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, aquele que tiver seu direito ameaçado ou violado poderá buscar guarida no Poder Judiciário.

O aludido princípio, aliado a constitucionalização abrangente e analítica, proporcionou nos últimos anos um incremento considerável das manifestações judiciais em temas de relevância política e social. Seja por conta da confiança da

¹⁶⁶ ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito à saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_.pdf. Acesso em setembro 2015.

população no Poder Judiciário, ou pela omissão dos demais poderes em decidir questões polêmicas.

Com efeito, diante da inércia dos demais poderes, especialmente do Poder Executivo, muitas vezes os magistrados são obrigados a solucionar, no caso concreto, problemas individuais que deveriam ter solução uniforme e coletiva, como no caso das políticas públicas.

Em que pese não seja atribuição do Poder Judiciário regulamentar as políticas públicas, caso seja submetida a sua apreciação eventual ameaça ou lesão de direito, uma vez estabilizada a relação processual e presentes todos os requisitos para o exercício regular do direito de ação, o juiz está obrigado a proferir solução jurídica implícita ou explícita no ordenamento jurídico de modo a compor litígio. Ou seja, não pode simplesmente deixar de apreciar o caso sob a justificativa de que não lhe compete interferir nas obrigações que, originariamente, caberiam aos demais poderes.

Conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover¹⁶⁷ no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal.¹⁶⁸

Ressalte-se, por oportuno, que não raras vezes os litígios envolvem a violação dos direitos fundamentais pelos demais poderes.

¹⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

¹⁶⁸ Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade. - CANELA JÚNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição. Inédito. Tese (Doutorado)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, SP. Orientador: Kazuo Watanabe.

No caso do direito fundamental à saúde o Poder Judiciário, interpretando e aplicando o ordenamento jurídico, especialmente as normas constitucionais, complementa seu teor, dando-lhe efetividade, evitando que a omissão legislativa em relação às políticas públicas frustre o interesse da coletividade.

Compete salientar que o Poder Judiciário somente deve interferir nas políticas públicas para garantir ao litigante direito a parcela mínima de dignidade, também conhecida como mínimo existencial, consistente no patamar mínimo de condições materiais, determinando o cumprimento pelo poder público de ações para sua efetivação.

3.2.2 Judicialização da Saúde versus Ativismo Judicial

O exercício dos direitos fundamentais, salvo o caso de colisão de princípios constitucionais, não deve sofrer limitações, ainda que para tanto seja necessário mitigar o postulado da separação de poderes.

Inicialmente a separação dos poderes representava a distribuição de competências, posto que tinha por objetivo exclusivamente a limitação do poder estatal. Atualmente, os direitos fundamentais possuem relevância na definição de soberania de cada um dos poderes à medida que eventuais obstáculos colocados à concretização deles fazem com que haja a tendência do Poder Judiciário de suprir eventual omissão dos demais poderes.¹⁶⁹

Não pode o Poder Judiciário omitir-se diante da violação dos preceitos constitucionais devendo decidir, com base no ordenamento jurídico, a questão colocada a sua apreciação, ainda que venha a interferir nas esferas de atribuição dos demais poderes.

A ideia de ativismo, por sua vez, denota a participação mais intensa do Poder Judiciário, de modo proativo, com uma interpretação mais elástica do texto constitucional, criando ou modificando normas legais.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Nesta senda, deve-se diferenciar a judicialização do ativismo judicial, porquanto quando o Poder Judiciário, diante da violação do texto constitucional, determina aos demais poderes o cumprimento de certo comando que se encontra positivado na legislação não se trata de ativismo judicial, e sim de efetiva aplicação e garantia dos preceitos constitucionais.

No entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso,¹⁷⁰ a judicialização não traduz usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas significa a possibilidade de algumas matérias controvertidas constitucionalmente, as quais possam ser convertidas em direitos subjetivos, serem objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Sabe-se que nossa Constituição Federal possui vasta lista de princípios vagos os quais, sem dúvida, ampliam a discricionariedade dos juízes ao analisá-los.

Sobre o tema colhe-se da doutrina de Cappelletti:

Nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.¹⁷¹

Sem dúvida atualmente o controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado.¹⁷²

Neste mesmo sentido, aponta Canela Júnior¹⁷³ que o juiz atua como coautor das políticas públicas sempre que os demais poderes, por inércia ou

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 39.

¹⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro, **Juízes Legisladores**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini, **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

¹⁷³ JÚNIOR, Oswaldo Canela. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, SP. Orientador: Kazuo Watanabe.

ineficácia, colocarem em risco os fins do Estado, incluindo as dos direitos fundamentais individuais ou coletivos.

Assim como os juízes de primeiro grau os Tribunais também podem decidir questões de cunho político inovador, em que pese serem compelidos a observar as fronteiras fixadas pelo sistema político.¹⁷⁴

Portanto, no desempenho de suas funções o Poder Judiciário exerce, invariavelmente, atividade interpretativa das diversas leis e, especialmente, dos princípios que integram o arcabouço jurídico, notadamente diante do teor indeterminado de vários comandos constitucionais, no entanto, no caso específico do fornecimento de medicamentos não está a preencher lacunas legais ou modificar as normas jurídicas existentes, mas tão-somente determinar que o Poder Público garanta ao indivíduo seu direito constitucional à saúde.

3.2.3 Risco ao Estado Democrático de Direito

A efetividade aos direitos fundamentais somente poderá acontecer em uma democracia onde exista o respeito à dignidade da pessoa humana, inclusive por parte dos poderes do estado.

Em relação ao tema, colhe-se do autor Italiano MICHELMAN:

La prospettiva di Dworkin ha una primaria dimensione contenutistica: lo standart "democratico", se applicato alle leggi fondamentali, è una questione di regole primarie, sostanziali, e non invece, procedurali o secondarie. Per questa posizione, per determinare se, sul piano delle leggi fondamentali, la democrazia è in vigore in un determinato paese non bisogna vedere come, quando, o da chi quelle leggi sono state prodotte, ma che cosa stabiliscono. La Democrazia è perciò una questione di risultato e non di metodo: si può dire che un sistema è democratico se è basato sul rispetto di condizioni politiche di equità e giustizia.¹⁷⁵

¹⁷⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 30-51.

¹⁷⁵ A perspectiva de Dworkin tem uma dimensão primária de conteúdo. Do standart "democrática" se aplicado as leis fundamentais, é uma questão de regras primárias, substantiva, e não outro lado, processuais ou secundárias. Para esta posição, para determinar se, em termos de leis fundamentais, a democracia está em vigor em um país determinado não vejo como, quando ou por quem essas leis foram produzidos, mas o que havia democracia é, portanto, uma questão de resultados e você não

Portanto, o intervencionismo do Poder Judiciário, no caso de garantia ao direito fundamental à saúde, não representa ofensa aos princípios do Estado Democrático de Direito, pelo contrário, demonstra defesa da minoria, imprescindível em uma democracia.

Ao Poder Judiciário compete aplicar o texto legal, especialmente o constitucional, diante de eventual ameaça ou lesão de direito, assim em um caso concreto, não pode o Magistrado, desde que atendidos os preceitos legais, principalmente a observância do mínimo necessário a uma vida digna, negar ao cidadão o acesso a determinado medicamento não fornecido gratuitamente pelo Poder Público, sob a única justificativa de carência financeira do Estado.

Deve, portanto, o juiz proferir suas decisões com base em critérios técnicos, assim entendidas as normas constantes no ordenamento jurídico, e não motivadas por finalidades e consequências a serem atingidas, sob pena de criar-se uma judiocracia.

Em que pese à necessidade do magistrado interpretar cláusulas constitucionais indeterminadas, deve-se ter cautela para não ferir os princípios da isonomia e segurança jurídica de modo a não permitir que casos iguais sejam julgados de forma diferente.

Deste modo, conforme salientado alhures, diferentemente do que muitos pensam o Poder Judiciário não tem a pretensão de ter hegemonia sobre os demais poderes, todavia, diante da inércia dos demais poderes, e como guardião do texto constitucional não pode permitir que o cidadão tenha seus direitos fundamentais suprimidos ou restringidos.

Vianna acentua que:

O descrédito da representação política resultante da hegemonia neoliberal trará consigo a emergência da representação funcional. O lugar vazio do Estado do bem-estar será ocupado pelas instituições da Justiça, muro de lamentações da cena contemporânea, na

metáfora de A. Garapon (1999). Os indivíduos desprotegidos na ordem neoliberal, sem conhecer canais visíveis no sistema político a que possam ter acesso para suas demandas, acorrem ao juiz. De modo inédito, o tema do acesso à Justiça se torna obrigatório na agenda política, vendo-se o Judiciário investido de uma capilaridade sem paralelo na história do Ocidente, processo robustecido por uma legislação que jurisdiciona quase todos os aspectos da vida social, da família à escola, da cidade ao meio ambiente, em um contexto de partidos e sindicatos debilitados e de um Estado que procura se desonerar de obrigações sociais.¹⁷⁶

Tal fato não representa risco à democracia já que decorre da crise de representação partidária ou da própria política que tem gerado uma massa de indivíduos desamparados que buscam socorrer-se no Poder Judiciário.

3.2.4 Reserva do possível na área da saúde

O princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha, contudo, em sua origem não se relacionava à existência de recursos financeiros para a materialização dos direitos sociais, mas a razoabilidade da pretensão requerida.

Com efeito, a Corte Constitucional Alemã, analisando pleito que discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas naquele país, proferiu decisão aplicando a tese inovadora da “reserva do possível”.

Aquela decisão determinou que o direito à prestação positiva, no caso o número de vagas nas universidades, encontrava-se dependente da reserva do possível, ou seja, o cidadão somente poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

Dito de outra forma, a decisão da Corte Alemã encontrou respaldo na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade.

O Tribunal Alemão entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado de recursos e tendo poder de disposição, não

¹⁷⁶ VIANNA, Luiz Werneck. **O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação.** In: Boletim Cedes. Debate com Renato Lessa: “Os 20 Anos da Constituição da República de 1988

se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.¹⁷⁷

Em nosso país, contudo, houve interpretação distinta passando a ser adotado como reserva do financeiramente possível, consistindo na garantia da efetivação dos direitos previstos no ordenamento jurídico, desde que existentes os recursos públicos correlatos.

Nestes termos colhe-se do entendimento de Ingo Sarlet:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.¹⁷⁸

Com base na referida interpretação, a reserva do possível passou a ser adotada pelo Estado como justificativa para o descumprimento da efetivação dos direitos fundamentais sociais, já que seria perfeitamente possível sua omissão, caso os gastos necessários à implementação não fossem financeiramente possíveis.

Entretanto, a teoria da reserva do possível deve ser interpretada de acordo com o entendimento originário, ou seja, a efetivação dos direitos sociais deve ser concebida de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando os recursos públicos disponíveis.

Assim, conforme exposto em linhas pretéritas, a reserva do possível deve estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana que não pode ser maculada,

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 265.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 286.

ante a alegação de falta de previsão orçamentária, sob pena de violação aos fundamentos encartados na Constituição Federal.

3.2.5 A inaplicabilidade da reserva do possível em face ao mínimo existencial à saúde

Conforme mencionado alhures, a reserva do possível constitui, em linhas gerais, a objeção do Estado à prestação dos direitos fundamentais sociais sob o argumento de carência de recursos financeiros disponíveis.

Sobre o tema discorre Canotilho:

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.¹⁷⁹

Os defensores da reserva do possível argumentam que não cabe ao Poder Judiciário decidir questões que impliquem em aumento nos gastos orçamentários, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes.

Entretanto, com a devida vênia, não se pode dar guarida a este argumento por implicar em evidente violação aos direitos fundamentais sociais previstos em nossa Constituição Federal.

A cláusula da reserva do possível tem sido fracionada em dois aspectos, um jurídico e outro fático.

Quanto ao aspecto fático enfatiza-se que a expressão reserva do possível visa delimitar o problema da limitação dos recursos disponíveis diante do aumento significativo das necessidades a serem supridas.

¹⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 477.

Em síntese, mais do que discussões jurídicas sobre o tema, busca ressaltar que existem limitações materiais do Estado para o cumprimento dos direitos que se busca tutelar, especialmente na área da saúde.¹⁸⁰

Não se pode condicionar o atendimento ao mínimo existencial à saúde, consistente nas condições básicas de dignidade da pessoa humana, a disponibilidade financeira do Estado, considerando o reconhecimento de obrigação positiva por parte do Estado, ante o teor do artigo 196 da Constituição Federal.

3.2.6 Mínimo Existencial

A existência de um direito subjetivo a prestações mínimas para uma vida digna inicialmente surgiu na Alemanha pelas ideias do doutrinador Otto Bachof,¹⁸¹ segundo aquele autor não bastava à efetivação dos direitos de liberdade, mas também era necessária uma oferta mínima de prestações sociais para se viver dignamente.

Conceituando o mínimo existencial, Felipe de Melo Fonte assevera que:

O mínimo existencial, ao menos no que tange aos direitos prestacionais (*status positivus libertatis*), deve ser compreendido como sinônimo de prestações mínimas para que sejam preservadas a liberdade e a dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial e intangível, o qual compreende(i)a subsistência do ser humano, (ii)a capacidade de autodeterminação e (iii) a capacidade de participação nas decisões públicas.¹⁸²

Tratando-se, pois, do conteúdo mínimo vital para uma vida digna o mínimo existencial encontra-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana assegurado pelo atendimento aos direitos fundamentais sociais.

¹⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo v.240, 2005. p. 90.

¹⁸¹ BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Almedina: 1994.

¹⁸² FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. ed. Saraiva, 2015, pg. 215.

O princípio da dignidade da pessoa humana exige do Estado conduta ativa para a preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida condigna, ou seja, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Por piso vital mínimo, entende-se que uma vida digna necessita da satisfação de valores fundamentais mínimos, previstos no art. 6º da Constituição Federal, a serem assegurados pelo Estado indispensáveis a uma vida com dignidade.¹⁸³

Portanto, o Estado tem o dever de implementar e fazer concretizar os direitos que são essenciais para que o ser humano possua uma vida digna, especialmente os direitos estabelecidos no artigo 6º da Constituição Federal.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸⁴ a fundamentação do reconhecimento de direitos fundamentais a prestações originários do texto da Constituição parte do fato de que no Estado moderno a existência do indivíduo se encontra na dependência da atuação dos poderes públicos, razão pela qual são indispensáveis à garantia das liberdades fundamentais o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, reconhecimento este que apenas pode se dar nas condições em que o indivíduo não puder mais exercer autonomamente sua liberdade sem o auxílio do Estado.

3.2.7 O Mínimo Existencial à Saúde

O artigo 6º da Constituição Federal traz em seu bojo um rol de direitos que constituem em um mínimo vital, direitos estes que são essenciais para que o ser humano desfrute de uma vida digna.

O direito à vida é condição essencial para o exercício de todos os demais direitos fundamentais, não havendo como alguém exercer o direito à liberdade, o livre acesso ao judiciário ou à propriedade sem que antes tenha assegurado o direito à vida.

¹⁸³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 67-68.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2007, p. 367-368.

De outro vértice, o direito à saúde indiscutivelmente está interligado ao direito à vida, posto que a falta daquele, invariavelmente, acarreta a perda deste. Além de estar ligado ao direito à vida, o direito à saúde encontra-se profundamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, além dos demais direitos sociais.

Deste modo, o direito à saúde goza de certa supremacia sobre os demais direitos sociais constantes no artigo 6º, da Constituição Federal.

Reforçando o asseverado, traz-se à colação o artigo 3º e seu parágrafo único da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde):

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.¹⁸⁵

Pelo exposto, infere-se que o mínimo existencial à saúde engloba não apenas a devida prestação de serviços sanitários, mas a garantia do bem-estar físico, mental e social dos cidadãos.

O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habilitação e à reabilitação, devendo-se entender a saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.¹⁸⁶

Dito isto, não há dúvida de que o Estado, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve prestar todos os recursos necessários para

¹⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 8.080 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: <WWW.planalto.gov.br> acessado setembro de 2015.

¹⁸⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. Brasília: CORDE, 1997.

fornecer aos cidadãos as condições necessárias a uma vida digna, sob pena de violar todos os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

3.3 COLISÃO DE PRINCÍPIOS

3.3.1 Dignidade da pessoa humana como direito fundamental

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o valor constitucional norteador de todos os direitos fundamentais, já que constitui um dos fundamentos do Estado Brasileiro, conforme preconizado no art. 1º da Carta Magna.

Trata-se de conceito indeterminado, porquanto faz parte de uma categoria axiologicamente aberta.

Na tentativa de defini-lo, Farias¹⁸⁷, assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui as exigências mínimas ao ser humano para a manutenção de uma vida digna e para o desenvolvimento de suas potencialidades.

Dessa forma, pode-se entender o direito a dignidade da pessoa humana como um dos princípios norteadores da aplicação dos direitos fundamentais. É como entende Farias: “*A fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, o princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais*”.¹⁸⁸

3.3.2 Relatividade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, por se tratarem de princípios constitucionais, não possuem caráter absoluto, mas relativo, devendo, em caso de colisão entre eles, ser efetuado o sopesamento, em cada caso concreto, para a análise de qual deve prevalecer.

Em um Estado Democrático de Direito os diferentes princípios possuem o mesmo valor jurídico, ou seja, não existem princípios que se sobreponham a outros.

¹⁸⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 247.

¹⁸⁸ FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 247.

Marmelstein¹⁸⁹ afirma que o STF, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

Para Alexandre de Moraes¹⁹⁰ os direitos e garantias fundamentais elencados no texto constitucional não são absolutos, porquanto encontram limitação nos demais direitos e garantias igualmente inseridas na Carta Magna, trata-se, pois, do princípio da relatividade.

No mesmo sentido, entende Sarmento¹⁹¹ que apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Desse modo, ante o caráter de relatividade dos princípios constitucionais mostra-se possível, em caso de colisão entre eles, que haja ponderação para que se decida pela aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto.

Considerar os direitos fundamentais como princípios significa, portanto, aceitar que não há direitos com caráter absoluto, já que eles são passíveis de restrições recíprocas.

3.3.3 Natureza dos direitos fundamentais

As normas de direitos fundamentais possuem uma estrutura flexível e complexa, e sua qualificação como regras e princípios é uma questão de interpretação.

¹⁸⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 368.

¹⁹⁰ MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

¹⁹¹ SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293.

No entanto, conforme ensina Vale,¹⁹² dado o conceito de valor dos direitos fundamentais e sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, já que inseridos na Constituição, faz com que sejam interpretados como princípios.

3.3.4 Conflito entre regras jurídicas

Robert Alexy¹⁹³ analisando a problemática dos conflitos entre regras, e a colisão entre princípios, apresenta importantes esclarecimentos. Segundo o autor o conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida ela deve ser aplicada ao caso concreto, valendo, dessa forma, também suas consequências jurídicas, pois estão contidas dentro do ordenamento jurídico.

Entretanto se ambas as regras forem válidas, a aplicação dos dois diferentes dispositivos jurídicos, conduzem a resultados incompatíveis entre si.

Em seu entendimento, pode-se afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito.

Ainda sobre o tema, convém trazer ao estudo o ensinamento de Cristovam:

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.¹⁹⁴

Em algumas hipóteses deve-se aplicar, no caso de antinomias entre regras jurídicas, critérios para sua solução, são eles: critério hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior, existe também o critério cronológico,

¹⁹² VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

¹⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

¹⁹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010, p. 07.

pelo qual a regra posterior prevalece sobre a anterior, e ainda, o critério da especialidade, de acordo com o qual a regra especial supera a geral.¹⁹⁵

3.3.5 Colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem natureza principiológica, assim a colisão entre eles deve ser analisada como colisão entre princípios.

Naquelas hipóteses sempre haverá a necessidade de se ponderar qual princípio deve prevalecer, especialmente porque as colisões de direitos fundamentais são de difícil solução e resultam na restrição total, ou parcial, de um deles.

Conforme salientado alhures, todos os direitos fundamentais possuem o mesmo valor jurídico, não havendo preponderância de um deles em relação aos outros, motivo pelo qual se mostra imprescindível a ponderação.

Luís Roberto Barroso¹⁹⁶ igualmente ressalta a inexistência de hierarquia entre os direitos fundamentais, devendo-se analisar, em cada caso concreto, qual deve prevalecer.

Desse modo, considerando que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, sua aplicação pode sofrer restrições, desde que venham de encontro a outro direito fundamental. Nesta hipótese, será necessário efetuar a ponderação para a verificação de qual deles deve prevalecer naquela situação específica.

Ressalte-se que, por sua importância no ordenamento jurídico, a restrição aos direitos fundamentais constitui exceção à regra, somente possível em caso de colisão entre os direitos fundamentais. Naqueles casos, compete ao magistrado fundamentar e justificar o motivo da restrição, e qual valor deve prevalecer naquela hipótese específica.

¹⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 34-51

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 329.

Para aquele desiderato, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, conforme analisado na sequência.

3.3.6 Princípios da proporcionalidade/razoabilidade

No entendimento de Luís Roberto Barroso,¹⁹⁷ em que pese não haver consenso entre os doutrinadores, os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade são muito próximos e intercambiáveis inexistindo razão prática ou metodológica para a distinção. Devendo o Estado, nas circunstâncias concretas, atuar para a realização de determinados fins com o emprego de dados meios.

Portanto, devem-se levar em consideração os motivos, os fins e os meios empregados, correspondendo o princípio em apreço justamente na adequação destes elementos.

No entendimento de Steinmetz¹⁹⁸ a doutrina alemã divide o princípio da proporcionalidade em 3 (três) subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por adequação pode-se entender que devem ser utilizadas medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir, conforme lição de Cristóvam.¹⁹⁹

Em termos práticos, deve-se questionar se o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado. Em caso negativo, desrespeitou-se o princípio da proporcionalidade, então a medida deve ser anulada pelo Poder Judiciário.

De outro vértice, a necessidade consiste na verificação se a medida ou decisão, dentre as possíveis, é aquela que produz menores prejuízos aos envolvidos ou a coletividade, ou seja, deve-se verificar se é indispensável no caso concreto.

¹⁹⁷ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 329.

¹⁹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

¹⁹⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010, p. 07.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à análise das vantagens e desvantagens que a decisão ou medida trará, com a verificação de quais direitos fundamentais deve prevalecer, razão pela qual se encontra relacionada à ponderação.

Dessa forma, a adequação refere-se entre o meio empregado e o fim perseguido, a necessidade denota a constatação de inexistência de meio menos gravoso para a obtenção do objetivo visado e, por fim, a proporcionalidade visa o sopesamento entre o ônus imposto e o benefício pretendido.

Guerra Filho²⁰⁰ analisando o tema assevera que a essência da proporcionalidade constitui a preservação dos direitos fundamentais.

O princípio em estudo mostra-se imprescindível na ponderação entre os direitos fundamentais, em caso de colisão. Com efeito, os direitos fundamentais, em que pese sua importância no ordenamento jurídico, não possuem caráter absoluto, motivo pelo qual podem ser restringidos, desde que para proteger outro valor constitucional.

Desta feita, a proporcionalidade constitui instrumento pelo qual se busca operacionalizar o método da ponderação que objetiva solucionar as colisões entre princípios.

Em síntese, o princípio da proporcionalidade/razoabilidade permite ao Poder Judiciário a invalidação de atos administrativos caso constatada, com a técnica da ponderação, que não se situam na seara do aceitável.

Importante ainda mencionar, conforme ressaltado por Barroso,²⁰¹ que não compete ao Poder Judiciário determinar a realização das melhores medidas ou decisões, especialmente na área das políticas públicas, mas tão somente determinar a invalidade daquelas manifestamente contrárias aos preceitos constitucionais.

²⁰⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2006, p. 103.

²⁰¹ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 295.

3.3.7 Ponderação

Na lição de Ana Paula de Barcellos ponderação consiste “na técnica jurídica de solução dos conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais.”²⁰²

Por sua vez, na opinião de Barroso,²⁰³ a ponderação refere-se à técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam.

Naquelas hipóteses, em que não é possível solucionar os conflitos de forma harmoniosa ou com base nas técnicas tradicionais de resolução, deve-se utilizar a ponderação com a verificação, em cada caso concreto, de qual valor deve prevalecer.

A atividade de ponderar divide-se em três etapas distintas, em que o intérprete formulará os fundamentos para o devido sopesamento em questão. Inicialmente, terá de identificar no ordenamento jurídico, as normas relevantes para a possível solução do caso concreto. Tal fase é denominada como a fase de preparação da ponderação, devendo-se analisar, todos os argumentos e elementos de fundamentação para a concretização do sopesamento.

Na segunda etapa, deve-se analisar o caso concreto em conformidade com os elementos normativos, neste momento ocorre à verificação dos princípios em colisão.²⁰⁴

²⁰² DE BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

²⁰³ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 334.

²⁰⁴ BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 386.

Para Sarmento,²⁰⁵ o intérprete deve verificar o peso genérico de cada princípio em conflito, observando assim, os efeitos e consequências práticas no respectivo ordenamento jurídico.

A etapa derradeira consiste na verificação dos pesos atribuídos aos princípios em colisão, com a constatação de quais normas, no caso concreto, terão prevalência.

Neste sentido, referente à sequência de fases para se atingir a ponderação, vale salientar o entendimento de Robert Alexy:

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro.²⁰⁶

O autor supramencionado ressalta, ainda, que a verificação da proporcionalidade constitui o núcleo essencial para a ocorrência da resolução do choque de princípios.

Ratificando a importância do princípio da proporcionalidade, Sarmento²⁰⁷ salienta que qualquer restrição aos princípios em colisão deve ser efetuada mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão-adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Destarte, infere-se que o princípio da proporcionalidade representa verdadeira limitação à técnica da ponderação como medida para evitar subjetivismos exacerbados, tratando-se de parâmetro a ser observado pelo intérprete.

3.4 ATUAÇÃO JUDICIAL

Sabe-se que as políticas públicas devem ficar a cargo do Executivo, todavia, em caso de violação de direitos constitucionais, notadamente pela omissão

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 103-104.

²⁰⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68.

²⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 104.

de prestações positivas pelo Estado, mostra-se necessária a intervenção judicial para garantir a preservação dos direitos fundamentais.

No entendimento de Ada Pellegrini Grinover²⁰⁸ a atuação judicial na área das políticas públicas somente poderá ocorrer para garantir o mínimo existencial, produzir uma aplicação razoável da norma ou para rejeitar a tese da reserva do possível formulado pela Administração Pública.

Trata-se, no caso da garantia ao mínimo existencial, das condições mínimas de uma existência humana digna a exigir prestações positivas pelo Estado.

No entendimento esclarecedor de Ana Paula de Barcellos²⁰⁹ o mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de inobservância.

O mínimo existencial abrange, pois, o conjunto de prestações materiais imprescindíveis para que o indivíduo tenha uma vida digna.

Infere-se que os direitos sociais se encontram intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana, e consequentemente ao mínimo existencial, já que buscam proporcionar ao cidadão uma existência digna.

O Magistrado, apesar de imparcial, não é neutro. Assim, certamente ao decidir o caso concreto colocado a sua apreciação, além do ordenamento jurídico, irá trazer seus valores e princípios morais para a resolução do problema. E não há nenhum problema nisso, justamente porque o juiz é um ser humano e não uma máquina.

Assim, na apreciação do caso concreto, que evidentemente se contrapõe ao campo teórico, deverá o Magistrado analisar o caso com sensibilidade garantindo

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coordenadores). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar 2002.

à população, especialmente aquela mais carente, os recursos mínimos necessários a uma vida digna.

O tema inclusive foi objeto de análise pelo então Ministro Eros Grau, quando do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação n. 3034:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretamos /aplicamos o direito –porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tratamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.²¹⁰

Entretanto, deve-se ter em mente que o mínimo existencial corresponde ao núcleo básico de bens essenciais para garantir uma vida digna, assim à determinação judicial que exceda o básico mostra-se prejudicial à coletividade.

Atualmente a quase totalidade das demandas judiciais que visam o fornecimento de medicamentos tratam-se de ações individuais para a concessão de fármaco não constante da listagem do SUS.

Conforme dados estatísticos obtidos no IRDR n.0302355-11.2014.8.24.0054/50000, julgado recentemente pelo egrégio Tribunal de Justiça Catarinense, somente em relação ao ano de 2015 foram gastos mais de cento e cinquenta milhões de reais para dar cumprimento às ordens judiciais, concernente ao fornecimento de medicamentos, beneficiando cerca de trinta mil enfermos.

Os mesmos dados apontam que no ano de 2014 o Estado de Santa Catarina despendeu cento e cinquenta e seis milhões de reais para o cumprimento das ordens judiciais em favor de pouco mais do que vinte e seis mil pacientes.

²¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB, voto Min. Eros Grau, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, 2006. Acesso em: 23 mar. 2016.

Ainda conforme salientado aquele incidente, referida quantia seria suficiente para manter dois dos maiores Hospitais de Florianópolis (Celso Ramos e Nereu Ramos), por quase um ano, beneficiando de quase cento e noventa e cinco mil pessoas.

Portanto, o principal problema do fornecimento judicial de medicamentos consiste nas determinações que impõem ao Poder Público o pagamento de medicamentos que não constam da listagem do RENAME.

Naquelas hipóteses, por conta da ausência de previsão orçamentária, para o custeio do tratamento, aquela determinação acarreta prejuízo às políticas públicas planejadas pelo Executivo.

Appio²¹¹ entende ser descabida uma demanda individual pleiteando a garantia de um direito fundamental quando a política pública correspondente não esteja implementada, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes e à isonomia.

Para o autor o demandante estaria em posição de vantagem em relação aos demais cidadãos não amparados pelo direito objeto da demanda, o que afronta o princípio da isonomia.

No mesmo sentido, Lopes²¹² afirma que as concessões individuais são uma afronta à universalidade, à simultaneidade do gozo e à isonomia abstrata e universal, que constituem problemas centrais de um Estado democrático. Para ele, a efetivação dos direitos sociais, nas ações individuais, apresenta-se como resultado da sensibilidade do julgador, configurando uma verdadeira “justiça de misericórdia”.

Octávio da Motta Ferraz²¹³ abordando o tema, o conceituou de Lógica do Cobertor Curto, asseverando que, nos casos de fornecimento de medicamentos por intermédio de ações individuais, o Poder Público para cumprir a ordem judicial, terá

²¹¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 172-189.

²¹² LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129.

²¹³ Ferraz, Octávio Luiz da Motta. **Direito à saúde, escassez e o Judiciário**. Artigo publicado no sítio da Folha de S. Paulo (<http://www.folha.com.br>), em 10 de agosto de 2007.

de obter recursos financeiros de outros medicamentos que poderiam beneficiar outras espécies de enfermos, “puxando o cobertor” deixando os outros doentes, que não tem acesso ao judiciário, desamparados, descobertos.

Sem dúvida deve-se agir com cautela evitando beneficiar alguns em detrimento de muitos.

Restou decidido pelo STF, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, que as decisões judiciais, na área das políticas públicas, devem respeitar 1 – o mínimo existencial indispensável à vida digna de cada pessoa, 2- razoabilidade da pretensão exercida em face do Poder Público, e 3 – existência de disponibilidade financeira do Estado para o cumprimento do provimento almejado.

Grinover²¹⁴ conceitua razoabilidade como justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados e divide-se em 3 subprincípios: 1 conformidade e adequação de meios, refere-se a compatibilidade entre a medida adotada pela administração e o fim que justifica sua adoção; 2. Necessidade, exigibilidade ou menor ingerência possível – busca-se os meios menos onerosos para atingir o objetivo, 3 – proporcionalidade – mensuração das vantagens do fim em relação às desvantagens dos meios.

Portanto, observando a razoabilidade, o Judiciário sempre deverá avaliar, no caso concreto, qual a menor solução, sob o ponto de vista da eficácia para o paciente jurisdicionado, com o menor dispêndio de recursos públicos. A solução mais razoável é a proporcional.

Desse modo, havendo dois medicamentos aptos a tratar a enfermidade, sendo que um deles encontra-se previsto nas listas do SUS, e o outro não, deve-se fornecer aquele padronizado, que representa a observância das condições mínimas necessárias ao cumprimento do direito social à saúde.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 164, 2008, p. 9-28.

A opção por medicamento não previsto na RENAME é extremamente nociva ao equilíbrio que deve nortear a decisão judicial.

Nesse sentido, e ressaltando a importância da análise do problema de modo coletivo, entende KLGERMAN²¹⁵ que se deve fazer a distinção entre direito e desejo, principalmente com desejo ilimitado, sob pena de tornar a justiça um conceito inútil e desnecessário. Assim, as regras da justiça servem para a definição dos limites e da distribuição dos bens, especialmente em relação aos bens de utilidade para a vida em sociedade.

3.5 ALTERNATIVAS PARA A MANUTENÇÃO DO ATUAL SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA

3.5.1 Sustentabilidade

3.5.1.1. Breve esboço histórico

A ideia de sustentabilidade ganhou força no contexto mundial a partir da Conferência das Nações Unidas realizadas em Estocolmo, no ano de 1972, naquela oportunidade fixou-se as bases para a nova agenda ambiental do Sistema das Nações Unidas.

Extraí-se do art. 6º da Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente:

Chegamos a um ponto na História em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para as consequências ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem-estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um meio ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humanas²¹⁶

Cerca de dez anos após a realização da Conferência de Estocolmo, o Secretário Geral da ONU convocou a médica Gro Harlem Brundtand para presidir a

²¹⁵ KLGERMAN, J. **Bioética e política de saúde pública**. Revista Brasileira de Cancerologia, v.45, n.1, 1999, p. 5-8.

²¹⁶ ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso setembro de 2015.

Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Cinco anos após o evento, em 1987, houve a publicação do documento denominado “Nosso Futuro Comum”, também conhecido como “Relatório Brundtland”, onde se fixou o conceito de desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades da geração presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”²¹⁷

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, ficou conhecida como a “Cúpula da Terra”, nela adotou-se a agenda 21, programa destinado a afastar o mundo do insustentável modelo de crescimento econômico até então utilizado, estabelecendo, dentre as prioridades, a proteção à atmosfera, o combate ao desmatamento, a prevenção à poluição da água e do ar, a gestão segura aos resíduos tóxicos.

A agenda 21 inovou ao estabelecer, além de questões ambientais, certos padrões de desenvolvimento nocivos ao meio ambiente, dentre eles a pobreza, a dívida externa e os meios de produção e consumo. Todavia, em que pese à preocupação com a proteção ambiental, manteve-se o foco no desenvolvimento econômico, ainda de que maneira sustentável.

Sobre a Conferência e a Agenda 21, colhe-se do entendimento de Ramon Martin Mateo:

De la Declaración de Río y de la estrategia contenida em el Programa 21 no puede decirse que carezcan em Derecho de toda trascendencia práctica, em cuandto que se inscriben em la órbita de los grandes principios que deben guiar la ordenación de las conductas em los diversos Estados que integram las Naciones Unidas. Además pueden y deben ser tenidas em cuenta para la adopción de acuerdos y tratados internacionales específicos. Pero más allá de esto resulta problemático llevar automaticamente a efecto los dictados de la sostenibilidad tanto para determinar directamente concretos deberes a los Estadis, com para legitimar la

²¹⁷ RELATÓRIO BRUNDTLAN. **Nosso Futuro Comum.** Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues> - acessado em setembro 2015.

capacidade de los particulares para imponer em via judicial su cumplimiento.²¹⁸

No entendimento do professor Zenildo Bodnar, a sustentabilidade somente ganhou valor autônomo, a partir da Conferência das Nações Unidas Rio +10, ocorrida no ano de 2002:

Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Joanesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como a qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem com a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva.²¹⁹

A partir da aludida Conferência, a sustentabilidade passou a ser tratada com valor autônomo e não mais como condição para o crescimento e desenvolvimento econômico.

Assim, passou-se a entender a sustentabilidade como princípio de direito a nortear todo o ordenamento jurídico e não somente questões de ordem econômica. A partir daquele entendimento, a análise da sustentabilidade passou a ocorrer sob outros prismas (dimensões): econômica, social, tecnológica, dentre outras.

Segundo Ignacy Sachs, para melhor entender a sustentabilidade, é necessário o estudo a partir de suas dimensões, assim consideradas:

Dimensão social – nela deve-se priorizar o bem-estar humano quando a melhora na qualidade de vida da população principalmente por intermédio das políticas públicas.

Dimensão econômica- prevalência da geração de emprego e renda por intermédio de planejamento governamental de modo a diminuir os custos sociais e ambientais por meio de alocação e fluxos de recursos de maneira eficaz.

Dimensão ecológica – a busca de harmonia entre o desenvolvimento e a preservação de natureza, especialmente por meio de tecnologia as limpas que acarretem o mínimo de degradação ambiental.

²¹⁸ MATEO, Ramon Martin. **Manual de Derecho Ambiental**. Editorial Aranzadi, 2003, p. 53.

²¹⁹ BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição**. Revista Jurídica CESUMAR – mestrado, v.11, n. 1, p 325-343. Jan./jun.2011. p. 329.

Dimensão cultural – preservação da identidade cultural dos povos.²²⁰

No presente estudo serão melhores analisadas as dimensões social e econômica da sustentabilidade.

3.5.2 Dimensão Social

A sustentabilidade fundamenta-se em duas premissas: garantir as necessidades da presente geração, e ao mesmo tempo proporcionar que as futuras gerações desfrutem das mesmas condições para satisfazer suas necessidades.

Juarez Freitas, analisando a dimensão social da sustentabilidade discorre:

Na dimensão social da sustentabilidade, avultam os direitos fundamentais sociais, com os correspondentes programas relacionados à saúde, à educação e à segurança (serviços públicos, por excelência), que precisam obrigatoriamente ser universalizados com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de gestão (pública e privada) ser autofágico, ou seja, insustentável.²²¹

E ainda:

Daí brotará o Estado Sustentável, lastreado no Direito que colima concretizar os direitos relativos ao bem-estar duradouro das atuais gerações, sem prejuízo das futuras, notadamente: (a) o direito à longevidade digna, mediante políticas públicas efetivas de bem-estar físico e mental, focadas na prevenção e na precaução, e na seguridade, com proteção dos mais frágeis e o oferecimento de medicamentos gratuitos para os carentes, assim como regulação adequada dos planos de saúde, consulta médica em tempo razoável e combate às dependências químicas²²²

Para a efetivação da aludida dimensão mostra-se necessária à redução das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida da população

²²⁰ SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transposição para o Século XXI**. São Paulo: Nobel, 1993, p. 59.

²²¹ FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 56.

²²² FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

Por sua vez, Leonardo Boff, discorrendo sobre o tema, entende que “*A sustentabilidade de uma sociedade se mede por sua capacidade de incluir a todos e garantir-lhes os meios de uma vida suficiente e decente*”.²²³

Portanto, as tomadas de decisões referentes às políticas públicas, especialmente na área da saúde, afetam diretamente toda a comunidade podendo interferir no aspecto social da sustentabilidade, consubstanciada na melhoria da qualidade de vida da população pela inclusão social.

Na mesma linha de entendimento, colhe-se da doutrina Espanhola no ensinamento de Valverde:

Pero, por más que se avance en el desarrollo de nuevos productos para hacer frente a los problemas de salud pública, esos progresos carecerán de sentido si dichos productos no están disponibles ni al alcance de quienes los necesiten.²²⁴

No mesmo sentido, Jair Soares Júnior²²⁵ ressalta que a fixação da sustentabilidade social deverá delimitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e do mínimo existencial; determinar a dignidade humana com meta para qualquer Estado Democrático e Social de Direito, além da influência dos elementos econômicos como imperativo de aplicação do Direito.

Assim, as políticas públicas sanitárias somente serão consideradas sustentáveis, do ponto de vista social, quando proporcionarem benefícios a toda à população indistintamente e não apenas à determinada categoria ou classe social.

²²³ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade O que é- o que não é**. 3ª Edição. Editora Vozes, 2014. p. 43.

²²⁴ Mas mais progresso é feito no desenvolvimento de novos produtos para resolver problemas de saúde pública, como o progresso será sentido se tais produtos não estão disponíveis ou acessíveis para aqueles que precisam deles . (Tradução Livre) VALVERDE, José Luís. **Bases para un Estatuto Jurídico Mundial de Los Medicamentos**. Editorial Comares, 1996. p. 12.

²²⁵ JUNIOR, Jair Soares. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/2#ixzz3lvzYxgr7>- acessado em setembro 2015.

3.5.3 Dimensão Econômica

A sustentabilidade nesta dimensão não abrange a ideia de concentração de riquezas, pelo contrário, engloba a tendência de distribuição de renda de forma equânime, com a geração de trabalho digno, bem como a gestão mais efetiva dos recursos.

O aspecto econômico da sustentabilidade talvez seja a peça fundamental para o estudo do tema, pois é a partir de decisões tomadas pelo raciocínio econômico que a sustentabilidade passa a ser respeitada ou desrespeitada. Porém, a correta compreensão do problema está em inserir o discurso econômico sobre a sustentabilidade no contexto do discurso socioconstitucional acerca desse assunto, para que possa aproveitar a racionalidade técnica do discurso econômico e ao mesmo tempo corrigir as dissonâncias deste frente ao macrocontexto social, cultural e constitucional, que é o verdadeiro lugar linguístico do debate acerca desse temário.²²⁶

Conforme delineado alhures, a sustentabilidade deve ser encarada como princípio e valor constitucional a nortear a atuação nas esferas público e privada, sendo este o único meio apto a promover o bem-estar sustentável e duradouro da sociedade.

Desse modo, ainda que a perspectiva econômica predomine no mundo capitalista, não pode permitir que a ambição humana seja responsável por decisões que coloquem em risco os direitos fundamentais das futuras gerações.

Deve-se, pois, afastar a concepção convencional de desenvolvimento, atrelado ao crescimento econômico, com base no PIB (que não mede qualidade de vida), buscando-se novos indicadores como o índice de desenvolvimento humano (que mede renda, longevidade e educação).

²²⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v.24, n.2, p.3-34, Abr./Jun.1998.

Portanto, as novas políticas públicas a serem adotadas pelo Estado, notadamente na área da saúde, devem adotar uma agenda de sustentabilidade multidimensional, traçando estratégias economicamente viáveis e que proporcionem a melhoria na qualidade de vida do maior número possível de pessoas.

3.5.4 Bases para o desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento sustentável se baseia em três componentes básicos: a sustentabilidade ambiental, a sustentabilidade econômica, e a sustentabilidade sócio-política.

A Sustentabilidade Ambiental demonstra a necessidade da manutenção das funções e componentes do ecossistema, de modo que o homem continue produzindo e tirando da natureza o que precisa, mas sem destruir o ecossistema no processo. A ONU tem como objetivos integrar os princípios de desenvolvimento sustentável nas políticas e programas nacionais e internacionais, e tentar reverter a perda de recursos ambientais, reduzindo a perda gradativa da biodiversidade. Além disso, há uma tentativa de reduzir pela metade o número de pessoas sem acesso a saneamento básico e água potável, e o objetivo de melhorar, até 2020, a qualidade de vida de pelo menos cem milhões de pessoas que, agora, vivem abaixo da linha da pobreza.

A Sustentabilidade Econômica trata-se da tentativa de incorporação de medidas na política social e econômica, em um esforço para integrar os princípios de igualdade social, preservação ambiental e crescimento controlado e sustentável economicamente, medindo o lucro não apenas em razões financeiras, mas também em desenvolvimento humano.

Por sua vez, a Sustentabilidade Socioeconômica visa humanizar a economia, e formar pessoas mais cientes das necessidades ambientais de seu planeta, ao mesmo tempo em que potencializa a busca por recursos reutilizáveis, que fortaleçam a economia em todas as suas vertentes, não apenas a financeira, mas a humana. A Agenda 21 e as Metas de Desenvolvimento do Milênio são dois programas criados pela ONU para garantir que os princípios de sustentabilidade

socioeconômica saiam do papel e se tornem efetivos. A primeira é uma verificação global de impactos sobre o meio ambiente; já a segunda é uma série de compromissos concretos, nos âmbitos de desenvolvimento e produção de riqueza, que compila diversos acordos realizados nos anos 90 que, se forem cumpridos dentro de seus prazos, irão resultar em um grande salto para o destino do planeta.

Destarte, mostra-se imprescindível a consciência de cooperação entre os três componentes (ambiental/econômico e social) para que o desenvolvimento se torne sustentável.

Sobre o tema, infere-se do doutrinador Espanhol Luís Franco Sala:

Durante los proximos años, uma política de cooperación al desarrollo que considere la protección y mejora del médio ambiente debería asentarse sobre las siguientes bases:

1. Incorporar a la cooperación uma perspectiva de desarrollo sostenible medioambientalmente, em la línea que ya se há iniciado durante los últimos años,. Se debe identificar el médio ambiente como um fator que puede limitar em el futuro las capacidades sociales de desarrollo.
2. Desde el ámbito de la cooperación técnica internacional, se debe fomentar prioritariamente el conocimiento por los países em vias de desarrollo de sus recursos.
3. Ayudar a los PVD a realizar evaluaciones medioambientales de sus políticas y programas, así como a que dispongan de um marco de protección y mejora del entorno para ello se debe facilitar la creación de instituciones y la formación de capital humano capacitados para ello.
4. Desarrollar estrategias, programas e proyectos específicos destinados a proteger y recuperar el médio ambiente y los recursos naturales de los PVD; actuando sobre los problemas ambientales prioritários em este grupo de países y cuidando, sobre todo su incidência sobre los grupos más necesitados.
5. Relacionado com el punto anterior, las cantidades outorgadas para la protección del medido ambiente em los PVD (atendiendo a que los recursos naturales defendidos son de interés para la humanidad) podrían conceptuarse, no como cooperación, sino como pagos por servicios prestados.
6. Estudiar y alentar la contribución que el sistema de cooperación al desarrollo puede ofrecer em la solución de problemas ambientales globales.

7. considerar los costes y beneficios relacionados con el medio ambiente de cualquier cooperación al desarrollo, así como adoptar las medidas adecuadas para corregir los efectos negativos que pudiera implicar.

8. Favorecer el acceso gratuito, o en condiciones muy ventajosas, de los PVD a las tecnologías y procesos limpios.

9. Para lograr el cumplimiento de las bases anteriores los denominados países desarrollados deben de incrementar los recursos financieros destinados a las cuestiones medioambientales dentro de la cooperación al desarrollo.

10. Finalmente, no hay que olvidar que la cooperación a un desarrollo sostenible medioambientalmente requiere, como cooperación que es, de la participación de los habitantes locales en cuanto a su diseño y aplicación; y que para su éxito precisa de intervenciones complementarias que tiendan a solucionar los obstáculos, ya citados en este capítulo (obligación de cumplir determinados programas de ajuste económico, bajos precios de los productos básicos, proteccionismo de los países ricos, exigencias relativas a la deuda externa,...), que impiden el desarrollo y una adecuada protección del entorno en los países del Tercer Mundo.²²⁷

²²⁷ Durante os próximos anos, uma política de cooperação para o desenvolvimento que considere a proteção e melhoria do meio ambiente deve seguir as seguintes bases:

1. Incorporar a cooperação uma perspectiva de desenvolvimento sustentável meio ambientalmente, na linha que já se iniciou durante os últimos anos. Se deve identificar o meio ambiente como um fator que pode limitar no futuro as capacidades sociais de desarrollo.

2. Desde o espaço da cooperação técnica internacional, se deve fomentar prioritariamente o conhecimento pelos países em vias do desenvolvimento de recursos.

3. Ajudar a los PVD a realizar avaliações medias de políticas e programas, assim como um conjunto de um marco de proteção e melhoria do ambiente para o se pode facilitar a criação de instituições e a formação de capital humano capacitados para o.

4. Desenvolver estratégias, programas e projetos específicos para proteger e recuperar o meio ambiente e os recursos naturais dos PVD; Atuando sobre os problemas ambientais prioritários no grupo de países e cuidando, sobre todos os incidentes sobre os grupos mais necessários.

5. Relacionado com o ponto anterior, as quantidades outorgadas para a proteção do ambiente medido no PVD (atendendo a que os recursos naturais defendidos são de interesse para a humanidade) conceituado, não como a cooperação, como os pagamentos por serviços prestados.

6. Estudar e contribuir para o sistema de cooperação para o desenvolvimento pode oferecer a solução de problemas ambientais globais.

7. considerar os custos e os benefícios relacionados com o meio ambiente de qualquer cooperação para o desenvolvimento, assim como adotar as medidas adequadas para corrigir os efeitos negativos que puderem implicar.

8. Favorecer o acesso livre, em condições muito ventajosas, do PVD às tecnologias e aos limpios do processo.

9. Para conseguir o cumprimento das bases anteriores aos compromissos desenvolvidos pelos países.

10. Finalmente, no que se refere a um projeto de desenvolvimento sustentável, como a participação de todos os locais em um determinado projeto e aplicação; Y que para su éxito precisa de intervenciones complementarias que tiendan a solucionar los obstáculos, ya citados en este capítulo (obligación de cumplir ciertos programas de ajuste económico, precios bajos de los productos básicos, proteccionismo de los países ricos, , ...), que impiden o desenvolvimento e uma adequada proteção do ambiente nos países da Tercer Mundo. (Tradução Livre). SALA, Luís Franco. **Política**

Portanto, o desenvolvimento sustentável tem como princípio, em suma, a integração entre desenvolvimento humano, ambiental e financeiro, seguindo regras e acordos firmados internacionalmente, visando um futuro melhor para todos nós.

Por fim, no mesmo sentido, entende o autor Espanhol José Francisco Alenza Garcia:

Una política ambiental también favorece la actividad económica, facilita los aumentos de productividad (mediante el reciclado de residuos o la disminución de los costes externos) e incentiva el desarrollo tecnológico (búsqueda de energías menos contaminantes, nuevos procesos que ahorran recursos energéticos y de otras clases...), impulsando el crecimiento económico.

De todo lo argumentado se desprende que, em contra de la primeira aproximación, el crecimiento económico y la protección del medio ambiente son dos objetivos compatibles e interdependientes.

El desarrollo es um processo de liberación individual y social que tiene como objetivo satisfacer las necesidades humanas, empezando por las básicas y aumentar el bienestar y la calidad de vida de las generaciones presente y futuras (Jiménez Herrero, 1989:26). Esta conceptualización integra variables como la educación, la sanidade, las relaciones sociales, el ócio o la protección de la beleza natural junto a la producción y el consumo.²²⁸

3.5.5 Gestão eficiente dos recursos públicos na área da saúde

Sabe-se que os recursos públicos disponibilizados à área da saúde não são suficientes para atender a demanda, motivo pelo qual deve o administrador público buscar empregar o escasso orçamento de modo eficiente, ou seja, beneficiando o maior número possível de pessoas.

Dentro dessa premissa, a ciência econômica assume importância, já que possui como objetivo a eficiência na aplicação dos recursos públicos para o atendimento as ilimitadas necessidades da sociedade, especialmente a efetivação dos direitos sociais.

Económica del Medio Ambiente. Análisis de la Degradación de los Recursos Naturales. Cedecs. 1995.

²²⁸ GARCIA, José Francisco Alenza. **Manual de Derecho ambiental.** Universidad Pública de Navarra, 2001.

Eficiência, na conceituação de Rachel Sztajn,²²⁹ traduz a aptidão para conseguir o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com o menor esforço ou perda possível, encontra-se atrelado à noção de rendimento, de produtividade.

Convém ressaltar que a eficiência é um dos princípios constitucionais que deve nortear o administrador no uso dos recursos públicos, conforme disciplina o art. 37 da CRFB.

Deve-se ter consciência de que, em razão do orçamento ser limitado, haverá necessidades sociais que não serão atendidas em sua plenitude, devendo o administrador garantir o mínimo necessário a garantia dos direitos fundamentais, além de priorizar as políticas públicas que beneficiem o maior número de pessoas com menor custo, evitando-se o desperdício do dinheiro público.

Referido entendimento vem ao encontro do próprio conceito de justiça. Será justo deixar o paciente sem o medicamento (individualismo), ou é mais injusto deixar que muitas outras pessoas fiquem sem medicamento, por conta do alto custo daquele fornecido a uma única pessoa. (Maximizando sua utilização social).

O deferimento de medicamento de alto custo para determinada pessoa, certamente gera desperdício de recurso público à medida que, por conta das limitações orçamentárias, priva outros cidadãos ao fornecimento de outros medicamentos, inclusive de baixo custo, gerando injustiça social.

Igualmente, provoca disparidades no meio social, porquanto aquele que busca o Poder Judiciário consegue melhor tratamento, enquanto o cidadão que simplesmente se conforma com o tratamento fornecido pelo sistema público de saúde, teoricamente, terá pior tratamento.

No entendimento de Luciano Benetti Timm e Ingo Sarlet:

Justamente o que caracterizaria um direito como social é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade. De modo que o direito social à saúde é um direito de todos terem um hospital funcionando com um nível x de atendimento,

²²⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p.83.

ainda que limitado (por exemplo, urgências). Não significa o direito de um indivíduo contra todos da sociedade obter um medicamento que poderá provocar o fechamento do ponto de saúde. Este não é um direito social ou coletivo, mas individual.²³⁰

Certamente as políticas públicas são mais eficientes, posto que beneficiam maior número de pessoas, do que as decisões individuais proferidas pelo Poder Judiciário.

Todavia, ainda que se tratem de ações individuais não pode o Magistrado simplesmente negar determinando direito previsto constitucionalmente ao cidadão, argumentando que as políticas públicas implementadas são mais eficientes por atingirem maior número de pessoas, devendo principalmente observar se o Estado garantiu ao paciente as condições mínimas de tratamento.

Caso constatado que houve o descumprimento das condições mínimas necessárias a uma vida digna deverá o Magistrado determinar seu imediato cumprimento pelo Estado.

Por certo, o ajuizamento de ações coletivas mostra-se o caminho mais adequado para beneficiar todas as pessoas que se encontram em situações semelhantes, além de evitar o ajuizamento de milhares de ações individuais de abarrotam o Poder Judiciário.

Entretanto, conforme dito alhures, as ações individuais não podem ser desprezadas, especialmente, porquanto cabe ao Poder Judiciário a garantia do conteúdo mínimo dos direitos previstos constitucionalmente.

estar

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. PortoAlegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 268.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo científico analisar a insustentabilidade social e econômica do atual modelo de fornecimento de medicamentos, especialmente considerando-se as reiteradas decisões judiciais que são proferidas sobre o tema, de modo a encarar os problemas da saúde pública de modo coletivo, e não de forma individual e particularizada, garantindo-se a preservação do atual modelo para as futuras gerações e beneficiando o maior número possível de cidadãos.

A pesquisa se desenvolveu na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, em que pese também abordar o tema da sustentabilidade.

Justifica-se a pesquisa em razão da atualidade do tema, especialmente considerando o grande número de ações de tramitam na Justiça Brasileira visando à concessão de medicamentos, potencializada pelo envelhecimento da população com o aumento de sua expectativa de vida.

Para o desenvolvimento lógico da pesquisa, o trabalho foi dividido em três capítulos, com a finalidade didática de dar maior clareza ao desenvolvimento da investigação.

No Capítulo 1, estudou-se o sistema orçamentário brasileiro, abordando-se os instrumentos de planejamento governamental, destinados a promover o funcionamento dos serviços públicos, consistentes no Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Conforme salientado, o planejamento das despesas que serão realizadas pelo Estado mostra-se imprescindível para o equilíbrio do sistema, avaliando-se os recursos disponíveis e aplicando-os de modo a melhor atender os anseios da sociedade e atingir os objetivos do Estado.

Os princípios orçamentários, por sua vez, destinam-se a orientar as práticas orçamentárias, objetivando a estabilidade, consistência e, especialmente, a transparência das finanças públicas.

A receita pública não é ilimitada, portanto, devem-se eleger as prioridades de sua aplicação de modo a observar os planos de desenvolvimento traçados pelo Estado. Nesse mister, certamente o administrador público pode atuar com certa dose de discricionariedade, notadamente na área das políticas públicas, entendendo quais são mais convenientes para atingir o objetivo previsto, respeitando, todavia, sempre o interesse coletivo.

As políticas públicas almejam equacionar os problemas da comunidade, porém, considerando que vivemos em um país em desenvolvimento, onde são patentes as desigualdades sociais, nem todos os problemas serão solucionados pelo Poder Público.

Tal fato ainda é agravado pela carência de recursos financeiros já que é cediço que a implementação das políticas públicas se encontra intimamente relacionada à questão orçamentária, posto que dependem da alocação de verbas públicas para sua efetivação.

Analizou-se a estruturação do sistema de saúde brasileiro, com a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, e sua política de fornecimento de medicamentos.

Como visto, o sistema de saúde público fornece aos cidadãos os medicamentos essenciais, assim compreendidos aqueles destinados a satisfazer as necessidades de atenção à saúde da maioria da população. A definição da lista de medicamentos essenciais busca a eficácia do sistema proporcionando isonomia de tratamento entre os cidadãos, além da otimização dos recursos financeiros, aplicando de modo a beneficiar o maior número possível de pessoas.

Na parte final do capítulo, abordou-se o tema do financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, com a destinação mínima de verbas para a saúde, conforme previsto na Emenda Constitucional n. 86/2015, ressaltando-se que os recursos destinados à saúde não são suficientes para atender à demanda, tal fato, aliado ao período de recessão que vivenciamos, por certo dificultará ainda mais o já ruim cenário de carência dos recursos públicos destinados à área da saúde.

No Capítulo 2, analisou-se o surgimento do Constitucionalismo, realizando um breve esboço histórico, com a atribuição de superioridade das normas constitucionais, as quais passaram a desempenhar importante papel para a garantia e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Constatou-se que os renomados doutrinadores Ronald Dworkin e Robert Alexy foram os precursores do atual entendimento que divide as normas em regras e princípios, efetuando-se a distinção entre eles. A principal diferenciação encontrada reside no fato de que os princípios representam estados ideais a serem atingidos, tratando-se de instância reflexiva, onde se busca sua aplicação com base nos valores da sociedade, sem descrever uma conduta a ser seguida.

Por sua vez, as regras estabelecem obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição objetiva da conduta.

Abordaram-se as funções dos princípios constitucionais ressaltando o entendimento de Paulo Bonavides de que exercem, na ordem jurídica, as funções fundamentadora, interpretativa e supletiva.

Na sequência, passou-se a análise dos direitos fundamentais constatando-se que representam garantia e limitação à atuação do Estado, imposta pela soberania popular, além de ser um dos pilares que sustenta o próprio Estado Democrático de Direito. No tocante a aplicabilidade dos direitos fundamentais, em que pese certa divergência doutrinária, constatou-se sua aplicabilidade imediata, sob pena de inviabilizar um dos objetivos do Estado Brasileiro que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ao final daquele capítulo, houve o estudo dos direitos sociais inseridos na Carta Magna, ressaltando-se que, após um longo período de repressão militar, o Constituinte originário buscou inserir no texto constitucional direitos e garantias fundamentais a todo cidadão de modo a garantir e preservar as condições mínimas de dignidade e igualdade.

Buscou-se com os direitos sociais a obtenção de justiça distributiva já que aqueles objetivam prestações positivas do Estado na tentativa de melhorar as

condições de vida da população, especialmente na tentativa de reduzir a profunda desigualdade social que existe em nosso país.

Dentre os direitos sociais, o direito à saúde mereceu especial destaque, justamente por ser um dos objetos do presente trabalho, que envolve a superação das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida da população. Ressaltou-se que a efetivação do direito à saúde depende do provimento de políticas sociais e econômicas que assegurem desenvolvimento econômico sustentável e distribuição de renda; cabendo, especificamente ao SUS a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e das coletividades de forma equitativa.

No terceiro e último capítulo, enfrentou-se eventual ofensa ao princípio da separação dos poderes referente à interferência do Poder Judiciário, por meio de ações judiciais, nas políticas públicas, especialmente na área da saúde, em virtude da baixa efetividade daquelas para a concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Naquela linha, houve a diferenciação entre judicialização da saúde e ativismo judicial salientando que o primeiro representa a efetiva aplicação e garantia dos preceitos constitucionais, em caso de violação do texto constitucional pelos demais poderes, enquanto o último deve ser combatido, porquanto representa inovações ao ordenamento jurídico.

Também houve a abordagem da tese da reserva do possível na área da saúde devendo aquela estar em sintonia com a dignidade da pessoa humana de modo a evitar que a alegação de falta de previsão orçamentária possa acarretar a violação do direito fundamental à saúde. No tocante ao mínimo existencial à saúde, compete ao Estado garantir ao cidadão as condições mínimas necessárias a uma vida digna.

Analizou-se a problemática envolvendo o choque de princípios constitucionais, devendo o Magistrado, diante da relatividade dos princípios, efetuando a análise nos casos concretos submetidos a sua apreciação, definir qual

deles deve prevalecer, observando o princípio da proporcionalidade na ponderação entre os direitos fundamentais.

Por fim, o referido capítulo abordou alternativas para a manutenção do atual sistema de fornecimento de medicamentos, considerando a insuficiência de verbas para o atendimento pleno da população, e a desigualdade de tratamento dos pacientes, ambas agravadas principalmente por conta de maciça judicialização do tema, devendo-se buscar a gestão eficiente dos recursos disponíveis de modo a beneficiar o maior número possível de pessoas e garantir a preservação do sistema para as futuras gerações.

Assim, retomam-se as hipóteses básicas de pesquisa, a hipótese 1, elaborada com base nos objetivos específicos acima mencionadas previa:

a) A atuação Judicial, interferindo nas políticas públicas, representa ofensa ao princípio da separação dos poderes e risco ao Estado Democrático de Direito?

Sabe-se que os poderes são harmônicos e independentes entre si, entretanto, como forma de evitar eventuais abusos, especialmente por conta da concentração do poder, cabe a cada um fiscalizar os demais.

O objetivo da divisão das funções estatais é justamente garantir a democracia, proteger os direitos fundamentais, além de resguardar os interesses da minoria, impedindo a violação dos preceitos constitucionais.

As políticas públicas visam ações governamentais destinadas a concretização de obrigações que são impostas pelo ordenamento jurídico, assim, encontram-se fortemente relacionadas à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais.

Entretanto, sabe-se que as políticas públicas, especialmente as destinadas à efetivação dos direitos sociais, vêm sendo negligenciadas em nosso país.

Destarte, caso as políticas públicas implementadas não sejam suficientes para a garantia e preservação dos direitos fundamentais, compete ao Poder Judiciário, caso provocado, analisar o caso concreto submetido a sua apreciação, resguardando-os de eventuais violações por parte dos demais poderes.

Ademais, o respeito aos direitos fundamentais representa um dos pilares da democracia, motivo pelo qual o intervencionismo do Poder Judiciário, buscando a garantia ou preservação do direito fundamental à saúde, não representa ofensa aos princípios do Estado Democrático de Direito, pelo contrário, representa a defesa da minoria, imprescindível em uma democracia.

A segunda hipótese, produzida também com base nos objetivos inicialmente propostos, foi assim delimitada:

b) existe supremacia entre dos direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde?

Os direitos fundamentais, por sua natureza e essencialidade, constituem o alicerce de todas as Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

O direito à saúde encontra-se disciplinado dentre os direitos fundamentais sociais, previsto no art. 6º da Constituição Federal, necessitando para sua efetivação de prestações positivas pelo Estado, por intermédio de políticas públicas.

Os direitos sociais encontram-se profundamente relacionados e interligados à noção de dignidade da pessoa humana e da justiça social, valores e objetivos elencados em nossa Constituição como prioritários.

Com efeito, o direito à saúde envolve a superação das desigualdades sociais com a melhoria da qualidade de vida da população, buscando-se a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Os princípios constitucionais apesar de possuírem supremacia dentre as demais normas do ordenamento jurídico não possuem hierarquia entre eles, ou seja, gozam do mesmo valor jurídico.

Desse modo, os direitos fundamentais, por se tratarem de princípios constitucionais, não possuem caráter absoluto, mas relativo devendo, em caso de colisão entre eles, ser efetuado o sopesamento, em cada caso concreto, para a análise de qual deve prevalecer.

Portanto, em que pese sua relevância, por estar intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida, o direito à saúde não prevalece aos demais direitos fundamentais, devendo, em caso de colisão com outro direito fundamental, haver a análise de cada caso concreto atentando o Magistrado para o princípio da proporcionalidade e ponderação.

Por fim, analisa-se a terceira e última hipótese:

c) A questão econômica e social possui relevância quando da apreciação judicial para o fornecimento de medicamento, considerando que o direito à saúde se encontra dentre os direitos fundamentais?

Da análise do presente estudo infere-se que, diante da maciça judicialização das políticas públicas, objetivando a cumprimento de prestações positivas por parte do Estado para o cumprimento dos direitos sociais previstos constitucionalmente, a ciência econômica ganhou maior importância no cenário judicial.

Inegavelmente a concretização dos direitos sociais representa despesas para o Poder Público, já que demanda a aplicação de recursos materiais, razão pela qual a questão orçamentária possui fundamental importância.

Não se pode desconsiderar que os recursos financeiros são limitados, especialmente em época de crise financeira, enquanto que as necessidades sociais, notadamente em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil, são numerosas.

O Magistrado não pode decidir desvinculado da realidade, deve-se ater-se as circunstâncias fáticas da sociedade em que vive, dentre eles, por certo, as

condições financeiras do Estado, sob pena de gerar mais injustiças do que a que pretende corrigir.

As prestações positivas impostas ao Estado são suportadas por toda a sociedade, seja por meio da cobrança de impostos ou a realocação de numerário inicialmente destinado a outras áreas.

Portanto, na tomada de decisões contra o Poder Público, além da análise dos aspectos jurídicos, deve-se atentar para as condições financeiras do Estado, de modo a gerar decisões judiciais que sejam realizáveis.

Contudo, a questão da carência financeira não pode servir de escudo ao Poder Público a justificar o descumprimento dos preceitos constitucionais, já que sendo os recursos financeiros limitados estes devem ser aplicados, de forma prioritária, para o atendimento dos direitos considerados essenciais na Carta Magna, dentre eles à saúde.

Não se pode alegar a reserva do possível para negar a concretização das condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) porque esta deve ser encarada como prioridade na aplicação dos recursos públicos, já que se trata de direito essencial.

Certamente a conceituação do mínimo existencial na área da saúde possui maior relevância e dificuldade de definição, especialmente por estar intimamente relacionada ao direito à vida, e pelos reflexos perante toda à comunidade.

Todavia, com o devido respeito aos que pensam de modo diverso, no caso do fornecimento de fármacos, a política nacional medicamentos ao estabelecer a RENAME, que compreende os medicamentos essenciais que satisfazem à saúde da maioria da população, definiu o conceito de mínimo existencial naquela área, ou seja, a própria relação de medicamentos consiste no patamar mínimo necessário a uma vida digna.

Ressalte-se que a definição da listagem dos medicamentos é feita com a observância das diretrizes da OMS, atualizada a cada dois anos, conforme disciplinado no parágrafo único do art. 9º, da Resolução 03/2011.

Convém salientar que a relação de medicamentos é definida com base no entendimento de equipe multidisciplinar, em evidências científicas (medicina de evidência), representando prescrição medicamentosa segura e eficaz.

Sem dúvida a instituição da listagem busca a sustentabilidade financeira e social da política pública de fornecimento de medicamentos, à medida que visa à isonomia de tratamento aos cidadãos/pacientes e a otimização dos recursos financeiros, aplicando-os de modo a beneficiar o maior número possível de pessoas.

Conforme salientado alhures, sabe-se que os recursos destinados à saúde não são suficientes para atender à demanda, cabendo ao Estado garantir ao cidadão a concretização das condições materiais essenciais à dignidade da pessoa humana (mínimo existencial) e não a plenitude do direito à saúde (máximo desejável), especialmente considerando que vivemos em um país em desenvolvimento, onde são patentes as desigualdades sociais.

No tocante a isonomia de tratamento, não resta dúvida que o deferimento de pedido formulado em ação individual representa nítida ofensa à igualdade de tratamento entre os enfermos, à medida que proporciona prescrição medicamentosa diferenciada para pessoas portadoras da mesma enfermidade.

Tal situação, além de representar explícita injustiça social, especialmente considerando que as camadas mais necessitadas na sociedade, em sua grande maioria, por carência de recursos, ou mesmo desconhecimento, não buscam o Poder Judiciário para a resolução daqueles problemas.

Ressalte-se que se devem encarar os problemas da saúde pública como um todo (coletivo) e não de modo individual e particularizado.

Caso os medicamentos relacionados na listagem do RENAME não atendam o conteúdo mínimo de dignidade do cidadão, deverão os legitimados ativamente ajuizar ações coletivas buscando a inserção de novos medicamentos.

Nesta hipótese, poderá o Poder Judiciário efetuar a análise da problemática de forma mais densa e dos recursos financeiros disponíveis para sua efetivação, além de buscar a macrojustiça, já que sua decisão trará isonomia beneficiando todos aqueles que se encontrem em situações idênticas.

Assim, por mais insensível que possa parecer, deve-se respeitar a listagem dos medicamentos constantes no RENAME nas ações individuais, desde que representem o mínimo necessário a uma vida digna, sem prejuízo do ajuizamento de demanda coletiva para a inserção de novo medicamento naquela listagem.

Somente assim haverá a preservação do atual modelo de saúde para as futuras gerações, com isonomia de tratamento e equilíbrio financeiro, de modo a beneficiar o maior número possível de pessoas.

Desta forma, com a análise das hipóteses levantadas, encerra-se o presente estudo, tendo o pesquisador consciência de que não foi esgotado o tema, pretendendo que a presente pesquisa sirva de impulso a novas reflexões na área apresentada.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

ANDRADE, Nilton de Aquino. **Planejamento governamental para municípios: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual**. São Paulo: Atlas, 2005.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. rev. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra, Almedina: 1994.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo v.240, 2005.

BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo; os fundamentos constitucionais e a Constituição do novo modelo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FILHO, Roberto Fregale;

LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição & Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **Tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997.

BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição**. Revista Jurídica CESUMAR – mestrado, v.11, n. 1, p 325-343. Jan./jun.2011.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade O que é o que não é**. 3ª Edição. Editora Vozes, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-0142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 06/08/2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 25ª ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, **RESOLUÇÃO Nº 03, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011**. Estabelece as diretrizes nacionais da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.otics.org/estacoes-de->

observacao/regionalizacao/acervo/arquivos/cit/2011/resolucao-rewrite-apresentada-cit-29set11. Acesso em agosto de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 mar. 2015. Seção 1, p.1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. ACESSO EM ABRIL DE 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp141.htm. Acesso em Abril de 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.080 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:<WWW.planalto.gov.br> acessado setembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 23 de março de 1964.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**. Disponível em:

<http://www.planejamento.gov.br/servicos/faq/orcamento-da-uniao/conceitos-sobre-orcamento/o-que-e-orcamento-publico> Acesso em: abril de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB, voto Min. Eros Grau, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, 2006. Acesso em: 23 mar. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal. (1995). Pleno. MS n. 22164/SP – rel. Min. Celso Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 nov/1995.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra: 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro, **Juízes Legisladores**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Indenização por Equidade no Novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CASTILHO, Ricardo, Justiça Social e Distributiva: **desafios para concretizar direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

CHALFUN, NELSON; MELLO, LEONARDO. **Entendendo a contribuição da política fiscal, do PPA e da LDO para a gestão fiscal responsável**. (Coord.) Heraldo da Costa Reis, Tereza Cristina Baratta e Gleisi Heisler Neves. — Rio de Janeiro: IBAM/BNDES, 2001.

CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários a Constituição Brasileira de 1988**. Volume VIII (artigos 170 a 232). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010.

Da SILVA, Luís Carlos – **Efetividade do Sistema de Planejamento no Brasil: Uma análise da efetividade do planejamento no sistema orçamentário** (PPA, LDO e LOA)- Monografia apresentada para aprovação no curso de Especialização em Orçamento Público da Câmara dos Deputados. Brasília, DF - 2007.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts**. Recueil des cours, Volume 283, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAZ, Octávio Luiz da Motta. **Direito à saúde, escassez e o Judiciário**. Artigo Publicado no sítio da Folha de S. Paulo (<http://www.folha.com.br>), em 10 de agosto de 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. ed. Saraiva, 2015.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, José Francisco Alenza. **Manual de Derecho ambiental**. Universidad Pública de Navarra, 2001.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. Ed. Ampl. E rev. São Paulo: Atlas, 2005.

GONZÁLEZ, Elsa Marina Álvarez. **Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública, Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria**. Granada: Editorial Comares, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo (Coordenadores). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

JUNIOR, Jair Soares. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/2#ixzz3lvzYxgr7>- acessado em setembro 2015.

JÚNIOR, Oswaldo Canela. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. Inédito. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, SP. Orientador:Kazuo Watanabe.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4.ed. São Paulo: Martins fontes, 2000.

KLGERMAN, J. **Bioética e política de saúde pública**. Revista Brasileira de Cancerologia, v.45, n.1, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil**. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípios Políticos do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATEO, Ramon Martin. **Manual de Derecho Ambiental**. Editorial Aranzadi, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. Atual. Por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. 14ª ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MICHELMAN, Frank I. **La Democrazia e il Potere Giudiziario il Dilema Costituzionale e il Giudice Brennan**, edizioni Dedalo, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. Ed. tomo II. [s.l]: Coimbra Editora, 2000.

MOGNATTI, Marcos César de Farias – **Transparência e Controle na Execução das Emendas Parlamentares ao Orçamento da União** - Monografia – Curso de Especialização em Orçamento Público – Tribunal de Contas da União, Câmara dos Deputados e Senado Federal – 2º Semestre 2008. Brasília, DF.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada à administração pública**. 6.Ed. Brasília: Vetscon, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OMS (Organización Mundial de la Salud), 1977. ***Selección de Medicamentos Esenciales. Informe de un Comité de Expertos de la OMS***. Serie de Informes Técnicos 615. Ginebra: OMS.

ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso setembro de 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php Acesso em setembro. 2016.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito à saúde como um direito fundamental do cidadão**. Disponível em http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_.pdf. Acesso em setembro 2015.

PETERS, B; PIERRE, Jon. **Administração pública: coletânea**. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 2010.

PIERFRANCESCO Grossi, **Il Diritto Costituzionale e tra principi di libertà e istituzioni**, segunda edizione, Cedam, 2008.

RELATÓRIO BRUNDTLAN. **Nosso Futuro Comum**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues> - acessado em setembro 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social ou Princípio do direito político**. Tradução Ciro Mioranza. São Paulo –SP: Editora Escala Educacional (série Filosofar), 2006.

SABBAG, César de Moraes. **Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas**. São Paulo: Millennium Editora, 2006.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transposição para o Século XXI**. São Paulo: Nobel, 1993.

SALA, Luís Franco. **Política Económica del Medio Ambiente. Análisis de la Degradación de los Recursos Naturales**. Cedecs. 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos. **O Estado Ético e o Estado Poético**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1998.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. 2. Ed. Atualizada e ampliada. Brasília: OMS, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. Malheiros Editores Ltda. São Paulo: 1998.

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

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 1973.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; RAGAZZI, José Luiz. **Direitos Fundamentais, da normatização à efetividade nos vinte anos de constituição Brasileira**. Editora Boreal, São Paulo, 1ª Ed., 2008.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, ***Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico***, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro. Renovar, 1995.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALVERDE, José Luís. **Bases para un Estatuto Jurídico Mundial de Los Medicamentos**. Editorial Comares, 1996.

VIANNA, Luiz Werneck. **O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação**. In: Boletim Cedes. Debate com Renato Lessa: "Os 20 Anos da Constituição da República de 1988.

VIEIRA, Fabiola Sulpino e ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública. São Paulo: v. 41, n. 2, 2007.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS**. Revista de Saúde Pública. São Paulo: v. 42, n. 2.

VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.