

**UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA
RODRIGO GEHR DOBBINS DOS SANTOS**

**A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O DIREITO À SAÚDE DEFINIDO NO
ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**CURITIBA
2018**

RODRIGO GEHR DOBBINS DOS SANTOS

**A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O DIREITO À SAÚDE DEFINIDO NO
ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Projeto de monografia apresentado como requisito parcial para a aprovação na disciplina de Monografia II, primeiro semestre de 2018, da Faculdade de Direito de Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Roosevelt Arraes

**CURITIBA
2018**

RODRIGO GEHR DOBBINS DOS SANTOS

**A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O DIREITO À SAÚDE DEFINIDO NO
ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, pela banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Roosevelt Arraes

Membro da Banca: Prof. Tatiana Denczuk

Curitiba, 10 de Abril de 2018

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Procurador de Justiça Orlando Mauricio Gehr (*in memorian*), meu avô, que sempre me fazia sentar com ele em seu escritório e me falava pequenas dicas que formaram hoje minha estrutura ética e moral; à Sandra Gehr (*in memorian*), minha querida mãe que sempre falava que eu já poderia andar com as próprias pernas, e não precisaria mais dela; e também, principalmente, à minha avó, Lia Terezinha Derbli Gehr, que após a morte do meu avô e da minha mãe, olhou por mim, e à ela, devo tudo.

AGRADECIMENTOS

Aos meus professores da Faculdade de Direito de Curitiba, pelos ensinamentos, orientação e dedicação. Em especial, ao Promotor de Justiça Fábio André Guaragni, à Prof.^a Tanya Kozicki de Mello, à Prof.^a Ana Paula Pavelski, à Prof.^a Tatiana Denczuk e ao Prof. Roosevelt Arraes.

Aos meus colegas de classe, que muitas vezes me acompanharam em madrugadas de estudos.

Aos meus médicos, Dr.^a Liana Alonso, Dr. Rodrigo Barth e Dr.^a Valquíria Alves de Ângelo Mazer Pereira, por sempre atenderem ao telefonema desesperado em busca de uma solução rápida para os sintomas que meu corpo demonstrava em virtude do cansaço e da alta carga de trabalho.

Ao Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia e à Procuradora da República Dr.^a Renita Kravetz, pela oportunidade de estágio.

À minha priminha, Dr.^a Tatiana Athayde, por sempre estar do meu lado e sempre me incentivar a ser uma pessoa melhor.

A toda a família Athayde, à tia Lala e ao tio Tide, que sempre estiveram lá por mim, recebendo-me de portas abertas para um chá das quatro, que normalmente terminava de madrugada.

"Quando os dedos estão cruzados, um objeto [que está entre eles] parece ser dois, ainda que neguemos que sejam dois." Aristóteles – Parva Naturalia

RESUMO

A pesquisa concatena os ensinamentos adquiridos no curso de direito, explorando o contexto histórico do constitucionalismo clássico do século XVIII, a evolução do direito à saúde e o papel do Poder Judiciário na tutela desse direito. Outrossim explora os julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal relacionados à garantia do direito à saúde, analisando a interpretação constitucional concedida ao exercício do artigo 196, a qual envolve imprescindibilidade da tutela e incapacidade financeira.

Palavras-Chave: Saúde, Judicialização, STF, Constitucional, Hermenêutica.

ABSTRACT

The research concatenated the knowledge acquired in law school, exploring the historical context of eighteenth-century constitutionalism, the evolution of the right to health, and the role of the Judiciary in the protection of this right. It also explores hard case trials that occurred in the Supreme Court, an approach to financial incapacity/necessity.

Keywords: Health, Judiciary, Supreme Court, Constitutional, Hermeneutics.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
2.1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	12
2.2. A CONSTITUIÇÃO COMO MAIS ALTO VALOR HIERÁRQUICO NO SISTEMA JURÍDICO.	13
2.3. Os DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.3.1. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	17
2.3.2. O DIREITO FUNDAMENTAL COMO PRINCÍPIO E SEUS LIMITES	18
2.3.3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
2.3.4. AS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO	23
3. O DIREITO À SAÚDE E SEU CUSTEIO	25
3.1. CONTEXTO HISTÓRICO.....	25
3.2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	27
3.3. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	28
3.4. OS PROBLEMAS PRÁTICOS RELACIONADOS AO DIREITO À SAÚDE	29
3.5. A LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL DO ESTADO	32
3.6. A PROBLEMÁTICA ORÇAMENTÁRIA	34
3.7. A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	37
4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	41
4.1. CARMELITA ANUNCIADA DE SOUZA VS. ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE E OUTROS.....	41
4.2. MINISTÉRIO PÚBLICO VS. ESTADO DO PARANÁ.....	45
4.3. LUIZ MARCELO DIAS E OUTROS VS. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	49
4.4. CLARICE DE ABREU DE CASTRO NEVES VS. UNIÃO E OUTROS	51
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
7. REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Após 29 anos da promulgação da Carta Magna, é visível o aumento dos processos judiciais visando à garantia do direito à saúde pela prestação de serviços e disponibilização de medicamentos pelo Estado.

A discussão jurídica passou a ser popular e está estampada nas capas de jornais. A despesa total com remédios, ordinária de ações judiciais, passa de 1 bilhão, alcançando 7% do orçamento de todo o sistema único de saúde¹.

Os recursos financeiros são limitados e o planejamento orçamentário cada vez mais sofisticado, logo, sentenças que mandam o Estado gastar dinheiro – que poderia estar sendo destinado à saúde como um todo – em um remédio específico que não foi previsto no orçamento acabam desarranjando o próprio planejamento que visa à satisfação do direito à saúde de outras pessoas.

Conseqüentemente, a continuidade de tal comportamento entra em conflito com o propósito estipulado pelo sistema, uma vez que parte do apertado orçamento é deslocado para garantir necessidades pessoais que afetam a coletividade.

De toda sorte, a análise jurídica que importa cerca o direito a ter direito. É pertinente a análise do entendimento do termo inculcado – “direito” – na Constituição significar a providência objetiva de um direito ou sua mera expectativa.

Isso pois, a escassez dos recursos invariavelmente leva o Estado a escolhas conforme critérios de justiça distributiva, os quais levam em consideração, por exemplo, o número de cidadãos atingidos, efetividade, eficiência, maximização dos resultados. Dificilmente o Judiciário, resolvendo o caso em concreto, adota política de macro justiça, tampouco considera as conseqüências para a política pública desenhada pelo Poder Executivo.²

Neste trabalho, para analisar a polêmica do anteriormente delineado, avalia-se se os direitos e as garantias são passíveis de restrições. O limite para a concretização do direito parece ser o próprio orçamento, pois remédios, tratamentos e exames custam dinheiro. Investiga-se se o mínimo existencial deve ser garantido. A

¹ UOL CIÊNCIA E SAÚDE. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 668.

diferença entre o *direito à saúde* e a *garantia ao direito*, bem como a “judicialização” do direito à saúde.³

A presente pesquisa tem por escopo a exposição das questões elencadas, juntamente com uma análise das fundamentações dos votos dos ministros do STF.

³ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 668. (grifo meu)

2. O CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O início desse trabalho tem o objetivo de averiguar a importância da Constituição e sua hierarquia no atual ordenamento jurídico. Para isso, far-se-á uma apertada síntese da evolução no tempo das discussões sobre a organização do Estado, que consolidou o constitucionalismo tradicional do século XVIII; e relacionando com a jurisprudência americana que exemplifica qual é o valor mais alto na hierarquia do ordenamento jurídico.

2.1. Contexto Histórico

No início do Curso de Direito Constitucional, Gilmar Mendes⁴ leciona com exatidão os acontecimentos históricos que a esse trabalho importam.

Segundo o autor, em 1576, não havia ainda a organização de Estado por nós conhecidas hoje. Possivelmente, muitos estranhariam a dinâmica da época. Na Europa o poder se originava da vontade do Rei e ele era absoluto. Tudo que o Rei ordenasse tinha que ser cumprido, qualquer desobediência era por ele resolvido e muitas vezes levava o súdito à morte.

Apenas em 1651 Hobbes, pela primeira vez, defendeu que os súditos possuíam cada qual uma parcela de poder e autonomia. Sendo que esses delegam, por causa do medo que sentem, ao Leviatã, uma figura abstrata que reflete o poder de todos os súditos em uma só instituição.

Nesse tempo não havia nenhum mecanismo de defesa ou restrição do poder do Rei ou do Leviatã. O poder do monarca é restringido pela primeira vez com o *Bill of Rights*⁵ após abusos de poder nos primeiros Estados Unidos da América.

Em 1689, Locke delinea com precisão o contrato social e cria a separação entre o Rei e o Parlamento. Enquanto o Rei estava em cargo do Poder Executivo, o

⁴ MENDES, 2013. pgs. 46-55

⁵ A declaração dos direitos de Virginia resultou nas primeiras 10 emendas à Constituição americana. O estudo aprofundado do texto das emendas e o reflexo histórico é recomendado, porém não pertinente nesse trabalho.

Parlamento era encarregado de fazer as leis. Qualquer disputa de poder entre eles era resolvida pelo Parlamento, surgindo, aí, a primeira ideia de moderação dos poderes.

A moderação dos poderes foi aperfeiçoada por Montesquieu, em 1748, quando escreveu sobre a separação dos poderes Legislativo e Executivo e o sistema de freios e contrapesos. Neste modelo, ninguém teria que dar a última palavra, pois nenhuma das instituições seria superior à outra.

Entretanto, foi Rousseau, em 1762, que argumentou que “todo o poder emana do povo”. A Constituição nessa época cuidava dos poderes instituídos e vedava qualquer restrição a expressão da vontade popular. Já o Parlamento passa a ser a instituição de defesa dos interesses do povo e não era sujeito a nenhuma limitação ou regras, nem mesmo as da Constituição. Dessa forma, o Parlamento e o valor da Constituição é fortalecido em detrimento do Rei. Ainda não havia controle judiciário das leis e o Judiciário era subordinado ao Parlamento, no ponto de vista formal. Se houvesse algum problema de interpretação da lei, a última palavra seria do próprio Legislativo, segundo o referendo judicial (*Référé Législatif*), sob o pretexto de preservar a vontade do povo.

Assim, outros autores europeus contribuíram para as discussões em torno dos instrumentos de proteção da Constituição, que acaba assumindo o mais alto valor no ordenamento jurídico, por ser fruto do poder constituinte originário. Dessa forma, ela se demonstra como um documento importantíssimo na organização do Estado, pela atribuição de competências e delegação de poderes, mas ainda, pela imposição de limites no uso do poder.

2.2. A Constituição como mais alto valor hierárquico no sistema jurídico.

Segundo Mendes, os Estados Unidos, experienciaram peculiaridades históricas as quais contribuíram, desde o início do século XIX, para o valor da Constituição ser reconhecido como o mais alto da ordem jurídica. Conquanto na

Europa o Rei era temido e o poder tendeu a quem fazia as leis, nos Estados Unidos foi diferente.⁶

A desconfiança do Parlamento Europeu, em específico as leis de taxação, foi fator importante para a independência americana. Os americanos, então, temiam o legislativo e, por isso, foi arquitetado, desde logo, o equilíbrio dos poderes. Foi um momento no qual a defesa dos cidadãos contra o Estado já não bastava e preocupações com a proteção das minorias nasciam.

Desse modo, a Constituição ganha importância como um documento que, ao mesmo tempo que limitava os poderes, também dificultava a alteração de seu texto pela maioria do Legislativo, em prejuízo da minoria.

A dificuldade em alterar o texto constitucional favoreceu a máxima de sua supremacia (formal) e criou as condições necessárias para que juízes tomassem a função de controlar pretensões opostas à Constituição.

Assim, nasceu o controle de constitucionalidade, realizado por um grupo de juízes que viajava pelos Estados Unidos da América para as revisões judiciais.

Um acontecimento em específico demonstra, na prática, a importância da Constituição.

Com o fim do mandato eletivo do presidente da época, seu partido estava com receio de perder o controle político do país com a posse de um novo presidente, com viés diferente.

O partido, então, resolveu por escrever uma lei que criava um tribunal fixo, específico para a revisão judicial, que, até então, era itinerante. Ainda, o presidente, nos últimos meses do seu mandato, nomeou um colega, na época Secretário de Estado, para a Presidência da Suprema Corte Americana, e também outros colegas para cargos de menor escalão no poder judiciário.

As mudanças tomaram passos tão rápidos que levaram alguns juízes a serem chamados de “juízes da meia-noite”, pois eles foram indicados um dia antes da posse do novo presidente.

Antes do Secretário de Estado ir para Suprema Corte, ele selou a carta de nomeação de um dos juízes nomeado para um dos tribunais fixos. Mas o diploma de nomeação, por mais que selado, foi esquecido em algum lugar e o mandato eletivo daquele presidente acabou.

⁶ MENDES, 2013. pgs. 55-62

Com a posse do novo presidente, o antigo Secretário de Estado tomou posse como Presidente da Suprema Corte. E o novo Secretário de Estado, indicado pelo novo Presidente, se negou a validar o cargo daquele juiz cujo diploma encontrava-se esquecido.

O juiz, Willian Marbury, então, processou o novo Secretário de Estado, James Madson, usando como fundamento uma lei de 1789 (posterior à promulgação da Constituição Americana), a qual adicionou uma ação processual constitucional - o *writ of mandamus* - à competência originária da Suprema Corte. Fez imaginando que seu diploma seria validado pelo antigo Secretário, que agora era o Presidente da Suprema Corte. Porém sua fundamentação foi em uma lei posterior à constituição, e que não derivava da vontade do povo. Por isso, o pedido não chegou a ser analisado pela Suprema Corte, pois o remédio constitucional o qual fundamentou a sua ação não existia.

A decisão de *Marbury vs Madson*⁷ foi decisiva para aluir a força e a independência do judiciário e afirmar a superioridade da Constituição, pois ela, quando fora escrita, já previa quais ações processuais constitucionais (remédios constitucionais ou *writ's*) eram de competência originária da Suprema Corte. Aquela lei infraconstitucional e posterior não poderia prevalecer ao poder derivado do povo insculpido na constituição americana.

Assim, o juiz não tomou posse e a decisão virou precedente na justiça americana. Esse caso é um exemplo sobre a Constituição apresentar-se no mais alto valor hierárquico no sistema jurídico.

2.3. Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais na atual corrente juspositivista⁸ estão muito próximos dos movimentos contratualistas do século XVII e XVIII, que defende que direitos são

⁷ Cf. JUSTIA. US Supreme Court. Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 14 out. 2017.

⁸ O jusnaturalismo defende a existência de direitos antes do contrato social ou da formação do Estado, esses seriam inatos à natureza humana. De outra maneira, o juspositivismo é uma corrente da filosofia que reduz o direito aquilo que está posto, positivado. Porém, a análise mais profunda sobre o tema foge do escopo desse trabalho. Limitar-se-á corrente juspositivista e aos direitos expressos na Constituição.

existentes antes da formação do Estado. O marco histórico é a declaração de direitos de Virginia em 1776, e também, a revolução francesa com a declaração dos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade.⁹

Esses direitos protetores à dignidade da pessoa humana, classificam-se como fundamentais e o local adequado para insculpir essas normas é a Constituição, diante da sua posição no ordenamento jurídico.¹⁰

É recorrente na história a positivação de direitos ocasionados pela pressão dos momentos difíceis a que a sociedade é submetida.¹¹ Por isso os direitos que hoje são protegidos não necessariamente são iguais aos de outras épocas.

A relação entre Estado e súdito, exposta por Hobbes, pela primeira vez advém uma inversão. A relação agora existe primeiro do ponto de vista do cidadão, segundo dos seus direitos e terceiro, e último, do dever para com o Estado. Essa nova ordenação é defendida para garantir a devida tutela das necessidades dos indivíduos.¹²

Não obstante, as garantias dos direitos fundamentais só são eficientes em uma sociedade livre, e paradoxalmente, a sociedade livre pressupõe a tutela dos direitos fundamentais. Os indivíduos precisam de uma sociedade livre para realizar decisões importantes sobre o seu interesse e outras questões centrais da comunidade. Essa é a função dos direitos fundamentais¹³

No âmbito da classificação, alguns direitos têm como objetivo imediato um específico bem jurídico a ser tutelado, como por exemplo o direito à vida, à honra e à liberdade de ir e vir. Existem também normas chamadas de garantias. Essas cumprem com o objetivo de proteger o próprio direito, possibilitando a procedimentalização ao direito e atua como mediador do bem jurídico tutelado.¹⁴

Em relação a essas normas, destacam-se na Constituição as garantias fundamentais no processo penal, por exemplo, mas essa matéria é alheia ao objeto de pesquisa.

Ao que toca o tema dessa pesquisa, a diferença de direito e garantia é obscura. Segundo Ruy Barbosa¹⁵, uma coisa é diferente da outra. Enquanto algumas normas

⁹ MENDES, 2013. p. 154

¹⁰ MENDES, 2013. p. 153.

¹¹ MENDES, 2013. p. 153

¹² MENDES, 2013. p. 155

¹³ HESSE apud MENDES, 2013. p. 134.

¹⁴ MENDES, 2013. p. 192.

¹⁵ BARBOSA, Ruy. *apud* SILVA, p. 183

são declaratórias e estipulam uma previsão legal; outras são assecuratórias e garantem a defesa dos direitos. Conforme a lógica de Haurion¹⁶, essa separação é necessária, pois não basta a norma apenas existir, pois ela eventualmente será discutida e violada. Nesse sentido, Branco¹⁷ explica que “as garantias institucionais não outorgam direito subjetivo aos indivíduos, diferenciando-se, nisso, das garantias fundamentais.” Por isso a importância de outras normas que garantem a eficácia do direito em violado.

Outros autores afirmam que essa correspondência entre as normas declaratórias e assecuratórias são tão próximas que não são nítidas o suficiente para analisá-las. Como por exemplo, Sampaio Dória¹⁸: “Os direitos são garantias e as garantias são direitos”. Ainda, conclui Branco¹⁹ que “a discussão não apresenta problemas práticos, uma vez que a nova ordem constitucional confere tratamento unívoco”.

2.3.1. As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais tradicionalmente são denominados direitos de defesa do cidadão contra o Estado. São tão importantes que continuaram sendo discutidos por juristas e filósofos ao longo do tempo. Hoje podem ser divididos por gerações, com base no contexto temporal. Entretanto cada geração sucessiva não substitui os conceitos da geração anterior e, sim, complementam. Então, fala-se em dimensões dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

Não se trata de uma escalada de rompimentos, e sim de complementações de direitos. Quando se faz referência a “gerações de direitos”, não se está a afirmar que o surgimento de uma nova representou o fim da anterior. O processo é cumulativo e ruma sempre a partir de bases fundamentais: dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade. Daí não ter ocorrido ruptura do Estado Liberal. Este precisou acomodar-se também como Estado Social, para dar conta de novas demandas, o que incluiu realizar prestações positivas, de conteúdo social e

¹⁶ HAURION. *apud*. SILVA, p. 183

¹⁷ MENDES, p. 192

¹⁸ DÓRIA, Sampaio. *apud*. SILVA, p. 183

¹⁹ MENDES, 2013. p. 192.

econômico, em favor de significativa parcela da sociedade, especificamente, das camadas pobres, mais frágeis e necessitadas.²⁰

No século XVIII, é projetada a sua primeira dimensão, na qual estão os direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Esta dimensão demarca uma zona de não intervenção do Estado na seara individual. São direitos de cunho negativo, direitos de resistência, como, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade (formal perante a lei).²¹

Com relação aos direitos da segunda geração, delineados no século XIX, inseridos no contexto do processo de industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos, e os quais previam a liberdade e a igualdade formal, todavia, não geravam a garantia do seu efetivo gozo e necessitavam de um comportamento ativo do Estado na justiça social. Assim, enquanto os direitos da primeira dimensão cuidavam em evitar a intervenção estatal, os da segunda propiciavam a participação positiva do Estado no bem-estar social. Participação esta que outorga ao indivíduo direitos quanto à assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.²²

Na terceira dimensão dos direitos fundamentais, não mais está a preocupação com o indivíduo em si, como ocorria nas gerações anteriores, mas sim com o efeito dos direitos relativos a um grupo de seres humanos. A referida dimensão caracterizava direitos de titularidade coletiva e difusa, com base nos conceitos de solidariedade e fraternidade entre todos os indivíduos. Isso se exemplifica com o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, porém não limitado a esses.²³²⁴

2.3.2. O direito fundamental como princípio e seus limites

²⁰ RE 566.471-RN STF. Voto Ministro Celso de Mello, p.4

²¹ MENDES, 2013. p. 46.

²² MENDES, 2013. p. 47.

²³ MENDES, 2013. p. 48.

²⁴ As gerações dos direitos fundamentais não se esgotam nesse tópico, tampouco é previsível se esgotarem. Pois, já existem outras 3 dimensões além das expostas, e também se discute acerca de novas gerações. O estudo dessas gerações é importantíssimo, porém não se justificam perante o objetivo desse trabalho.

Outra classificação que desperta atenção dos doutrinadores é a diferença entre princípios e regras. A discussão é resultado das soluções utilizadas para resolver casos em que dois direitos fundamentais concorrem entre si.²⁵

As normas são divididas em dois grupos: princípios e regras. As regras devem ser aplicadas ou não aplicadas. Não existe a possibilidade de uma aplicação gradual. A solução para o conflito entre regras se faz no âmbito da validade.²⁶

Os princípios podem ser aplicados de forma gradual. Eles são “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível de acordo com as possibilidades fáticas jurídicas”²⁷. Essas normas que são entendidas como princípios, e sua aplicação deve ser de acordo com o possível são mais frequentes quando o tema é direitos fundamentais.

De forma inversa, o princípio do limite do limite (Schranken-Schranken), significa as restrições aos direitos fundamentais possuem um limite.

Se a tentativa do legislador é esvaziar a eficácia da norma, existe um limite mínimo para a norma seja cumprida e possua eficácia.

Na Alemanha o problema era o esvaziamento da eficácia das normas fundamentais, pelo contexto histórico e econômico. A doutrina explorou diversas formas de limitar a intenção do Legislador de restringir os direitos fundamentais. Já no Brasil a Constituição veda qualquer proposta de emenda com objetivo de abolir os direitos e garantias individuais. Essa expressão constitucional reforça a ideia do limite do limite.²⁸

Não obstante, o Brasil já se deparou com a discussão similar²⁹ à Alemanha, quanto a redução de um direito fundamental. Em 1953 houve o conflito entre o direito à propriedade e o poder do Estado em taxa-la. O Supremo Tribunal Federal usou o princípio da proporcionalidade e criou a jurisprudência no sentido que “o poder de

²⁵ A discussão acadêmica não se demonstra imprescindível ao objeto de pesquisa, mas algumas ponderações são necessárias. Quando se fala em conflito de direitos fundamentais, os doutrinadores sempre usam exemplos clássicos, como o conflito do direito à liberdade de expressão e à privacidade da fonte em uma matéria jornalística. Mas tal análise é alheia ao tema. Porém provoca a discussão do limite da prestação do Estado quando se fala do direito à saúde.

²⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes

²⁷ CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 1986. p. 1123.

²⁸ MENDES, 2013. pgs. 241-243.

²⁹ Porém tanto a causa e a solução foram diversas. Mas para o objetivo dessa pesquisa, sintetizou-se o problema.

taxar não pode à desmedida do poder de destruir” e que “somente se pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatíveis com o direito de propriedade”³⁰³¹

2.3.3. A eficácia dos direitos fundamentais

O artigo 5º, § 1º, da Constituição, declara que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”³² O parágrafo expressamente estatui aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais. Silva explica que “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata e eficácia contida”.³³

Existem numerosas garantias e direitos fundamentais, nos artigos 5º e 6º, inclusive a proteção que aqui interessa, o direito à saúde. O texto possui uma *previsão legal*³⁴ sobre os direitos fundamentais, eles estão insculpido de maneira expressa na Carta Magna. Segundo o artigo 5º, § 1º, os direitos positivados são aplicados de imediato. Porém, não é o texto da Carta que vai garantir os direitos, mas sim sua eficácia.

O normativismo de Kelsen diferencia a vigência das normas de sua eficácia. A vigência está relacionada à mera existência da norma, que, no caso, é positivada na Constituição. Porém, a norma pertence apenas à ordem do dever-ser, isto é, um ideal que deverá ser alcançado.³⁵

Em contrapartida, a eficácia da norma é a aplicação e observação da Constituição na realidade, na circunstância humana conforme o dever-ser da norma.³⁶ Enquanto mera expectativa do dever-ser, as normas não se efetivam.

³⁰ HC 70.814, Rel Min. Celso de Mello. 1 de março. 1994. DJ de 24 de junho. 1994.

³¹ O estudo sobre a redução e ampliação dos direitos é importante devido os problemas discutido perante a eficácia da letra de lei. Por hora, cabe a conclusão que eles não podem ser restritos e devem ser aplicados conforme o possível.

³² Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³³ SILVA, p. 179. Grifos nossos.

³⁴ Conquanto há direitos fundamentais expressos na Constituição brasileira, a interpretação mais moderna defende a existência de direitos fundamentais que não estão escritos na Constituição, sendo esses sem previsão legal. Porém, são dispensáveis nessa pesquisa, pois os direitos tratados aqui estão expressamente escritos no texto constitucional.

³⁵ KELSEN, p. 155.

³⁶ KELSEN, 1998. p. 147.

Todas as normas sobre direito fundamental irradiam efeitos jurídicos e sua eficácia depende de seu enunciado. Muitas vezes, ele não é o suficiente para manifestar em plenitude os efeitos jurídicos pretendidos, por isso, a Constituição, em alguns casos, faz depender de legislação posterior.³⁷ O obstáculo é a incerteza da terminologia usada, questão mais ligada à ciência jurídica em geral do que às teorias de Direito Constitucional.

As normas constitucionais dividem-se em três grupos, conforme suas características: a) as normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; b) as normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; c) as normas de eficácia limitada. Esta última é fragmentada em: c.1) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e c.2) declaratórias de princípios programáticos.³⁸

As normas de eficácia plena são aquelas que produzem ou têm possibilidade de produzir todos os efeitos logo que entram em vigor, porque possuem todos os meios e elementos para sua executoriedade. Exemplo: o § 3º, art. 5º, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”³⁹

As normas de eficácia contida são semelhantes às de eficácia plena, porém, permitem que, posteriormente, sua eficácia seja restringida. Exemplo: inciso XIII, art. 5º, “é livre o exercício de qualquer trabalho...*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* (grifo meu)”. Não é o direito ao trabalho que fica a depender de lei futura, mas, sim, a restrição do direito ao trabalho. Logo, se tal lei não existisse, não haveria restrição, mas haveria o direito ao trabalho.⁴⁰

As normas de eficácia limitada são diferentes das de eficácia plena, em sua essência, pois não possuem todos os meios e elementos necessários para sua executoriedade. Elas ficam sujeitas a posterior formulação do legislador, para que lhes complete a eficácia e lhes dê executoriedade. Porém, diferentemente das contidas,

³⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

³⁸ SILVA, 2007, p. 86.

³⁹ SILVA, p. 82, 101.

⁴⁰ SILVA, p. 82, 101.

possuem efeitos desde logo, de forma reduzida, surtindo efeitos até a formulação de lei posterior.⁴¹

Dentro do grupo das normas de eficácia limitada, dividem-se entre: as declaratórias de princípios institutivos, as quais remetem de forma expressa à lei posterior e se inserem na parte organizativa, como, por exemplo, o art. 33, CF/88, “A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária nos Territórios (grifo meu).”⁴²

Já as declaratórias de princípios programáticos merecem mais atenção. Elas não remetem à lei, mas a uma finalidade, tendo como exemplo o *caput* do art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida 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 (grifo meu)”.⁴³

Essas são normas de matéria eminentemente econômica-social, sem autoexecutoriedade, que não operam em relação aos interesses que lhes constituem objeto específico e são acolhidas como princípios a ser realizados por meio de leis ordinárias ou outras providências.⁴⁴ Miranda explica que não são regras concretas, e, sim, que traçam linhas diretivas para *orientação das ações* dos poderes públicos.⁴⁵ Teixeira define essas normas, como *programas das atividades* visando à realização dos fins sociais do Estado.⁴⁶

Ainda, o fato de dependerem de providência institucional para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. O autor afirma que cada vez mais a doutrina tende a desqualificar a característica programática, dando às normas *força vinculativa*⁴⁷ como normas que apresentam finalidades a serem cumpridas pelo Estado, sendo aplicáveis até onde possam ser aplicadas e, se o Poder Judiciário for invocado, deve aplicá-las e conferir ao interessado o direito reclamado.⁴⁸

Nesse sentido, infere-se que mesmo não havendo lei específica, regulação ou planejamento por parte do Estado, o direito à saúde, por exemplo, deve ser assegurado aos cidadãos.

⁴¹ SILVA, p. 82, 104.

⁴² SILVA, p. 123.

⁴³ SILVA, p. 137.

⁴⁴ SILVA, p. 150.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, 1969 apud SILVA, 2013. p. 137.

⁴⁶ J.H. TEIXEIRA, 2011 apud SILVA, 2013. p. 135.

⁴⁷ Essa discussão será abordada mais a frente, com enfoque ao direito à saúde.

⁴⁸ SILVA, p. 164.

Não obstante, aponta-se institutos processuais⁴⁹, como o *mandado de injunção* e a *ação popular*, como ferramentas a serem usadas pelos cidadãos frente à falta de eficácia da norma, como por exemplo o direito fundamental à saúde.⁵⁰

2.3.4. As medidas assecuratórias previstas na Constituição

No que tange ao direito à saúde, existem duas interpretações de como o Estado deve se comportar.

A primeira, chamada de negativa, defende que o Estado “se abstenha de qualquer *acto* que prejudique a saúde”.⁵¹ De outra maneira, a segunda, vertente positiva, que significa “os direitos às medidas e prestações estatais” relacionados à saúde da população.⁵²

Mendes conclui que o direito à saúde como exposto na Constituição trata-se de um direito que deve ter uma prestação positiva pelo Estado. O autor explica que no caso do Estado não cumprir as tarefas necessárias para a garantia desse direito, os cidadãos lesados poderiam desenvolver uma Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.⁵³

Ainda conforme o constitucionalista, nos casos particulares em que um cidadão não teve seu direito prestado pelo Estado pela falta de regulamentação, abriria pressuposto processual para impetração de Mandado de Injunção⁵⁴, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição, junto ao Supremo Tribunal Federal.⁵⁵ Não obstante, o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal é contrário à solução atestada

⁴⁹ Os instrumentos processuais constitucionais, conhecidos como remédios constitucionais ou também *Writ's*, serão apontados como soluções aos problemas explorados na pesquisa. Por hora, entende-se dispensáveis para o entendimento do núcleo do problema.

⁵⁰ SILVA, p. 165.

⁵¹ MENDES, p. 299.

⁵² MENDES, p. 299.

⁵³ SILVA, p. 165.

⁵⁴ Os instrumentos processuais constitucionais, conhecidos como remédios constitucionais ou também *Writ's*, serão apontados como soluções aos problemas explorados na pesquisa. Por hora, entende-se dispensáveis para o entendimento do núcleo do problema.

⁵⁵ MENDES, p. 299.

pelo constitucionalista. Pois, o *writ* “não tem a função de regulação concreta do direito reclamado”, no caso, o direito à saúde.

Em contrapartida, Denczuk⁵⁶ aborda outra estratégia processual. Além dos remédios constitucionais, aponta que no Brasil existem opções como a Ação Popular e a Ação Civil Pública. Pontua que essas são ferramentas importantes para garantir o acesso à justiça, principalmente quando trata-se de “direitos de grupos”. O chamado “macrossistema de tutela coletiva” é considerado um mecanismo importante para garantir o acesso à justiça.

O processo coletivo, de fato, e especialmente no contexto de uma sociedade pluralista, seria um eficiente mecanismo para proteger direitos fundamentais que tenham sido eventualmente lesados e, portanto, seria um instrumento legítimo para garantir não apenas o acesso à justiça, mas especialmente a efetividade da tutela jurisdicional e direitos constitucionais.⁵⁷

Conseqüentemente, a tutela jurisdicional pode ser efetivada tanto pelo processo individual quanto coletivo.

⁵⁶ Cf. DENCZUK, Tatiana. Judicialização de políticas públicas para concretização do direito fundamental à saúde: Aprimorando a prestação jurisdicional por meio do processo civil. Disponível em: <http://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2016/Tatiana_Denczuk.pdf> Acesso em: 02.abr

⁵⁷ DENCZUK, p.84

3. O DIREITO À SAÚDE E SEU CUSTEIO

Apresentados conceitos introdutórios sobre os estudos do direito, a terceira parte dessa pesquisa tem como objetivo aprofundar a análise de um dos direitos fundamentais: o direito à saúde. Tenciona-se explorar a importância desse direito ao longo da história, a introdução desse raciocínio no Brasil e, por fim, contextualizar o problema da eficácia da norma fundamental.

3.1. Contexto Histórico

Schwartz afirma que “a busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade” e que “é perfeitamente compreensível que ela tenha inicialmente pensado a saúde como forma de eliminação dos males que afligem os componentes da espécie”.

Isso porque a história demonstra, desde os tempos bíblicos, doenças como lepra e cólera. Na Índia e na China, a varíola; na antiguidade greco-romana, a malária; na Idade Média, a peste bubônica; a sífilis no século XVI e, hoje, preocupam o câncer e a doença do sistema imunológico humano.⁵⁸

Por esse motivo, a reação é a procura de uma solução no sentido de preservar a espécie, tendo em vista a potencialidade das doenças exibidas de reduzir o número de pessoas vivas ao ponto de culminar na extinção humana.

No início da civilização, o foco era a cura dos problemas mediante procedimentos que usavam técnicas consideradas “mágicas”. Os médicos de 4.000 a.C. invocavam forças sobrenaturais e, normalmente, começavam os tratamentos com o exorcismo dos demônios.⁵⁹

Foram os judeus que romperam com a ideia de magia e, ao circuncidar os bebês, acreditavam que essa era a forma de preveni-los de doenças como a herpes

⁵⁸ SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 27.

⁵⁹ SCLiar, 1987 apud SCHWARTZ, 2001. p. 29.

genital. Mas, ainda que esse procedimento se afaste da magia e se aproxime do método científico, não se desvincula de simbolismos da religião.⁶⁰

Os gregos, por sua vez, eliminaram a questão da magia e da religião, uma vez que atribuíam o conceito de saúde aos guerreiros de Esparta. Estes possuíam corpo harmônico e mente em equilíbrio. Até hoje persiste a ideia da doença como algo palpável, com causalidade natural, baseada no pensamento do filósofo grego Hipócrates, o qual referia que a cidade e o tipo de vida influenciavam a saúde dos habitantes.⁶¹

Já os romanos se preocupavam com o desenvolvimento da engenharia sanitária, por causa da crescente demanda populacional.

Todos os esforços na Idade Média não foram suficientes para garantir a saúde efetiva e, conseqüentemente, a ineficácia levou à criação de hospitais para confortar aqueles que eram uma ameaça à sociedade.⁶²

O objetivo de curar quem estava doente apenas se deslocou para a prevenção de doenças no século XIX. A Revolução Industrial aliou o conceito de saúde, com o princípio da “ausência de doença” ao componente do trabalho. Pois os trabalhadores poderiam prejudicar o processo de acumulação capitalista, pelo simples fato de não poderem produzir. Tal solução tem intuito liberal de repor o enfermo ao trabalho, pois a morte do proletário, em larga escala, poderia comprometer a produção e dizimar o lucro.⁶³

O princípio da prevenção se afirmou, em 1930, com o *Welfare State* americano, depois das duas guerras mundiais.⁶⁴ O marco temporal é 24 de julho de 1946, quando a OMS (Organização Mundial da Saúde, um órgão das Nações Unidas) classifica saúde como “completo bem-estar físico, mental, social e não apenas ausência de doenças.”⁶⁵

A divergência entre o que é bem-estar para um indivíduo e o que é para outro coloca as verbas públicas em risco, pois elas não são suficientes para a consecução do pretendido e completo bem-estar físico, social e mental da sociedade em geral. A

⁶⁰ SCHWARTZ, 2001. p. 29.

⁶¹ Ibidem. p. 30.

⁶² Ibidem. p. 32.

⁶³ Ibidem. p. 33.

⁶⁴ Cf. TRATTNER, Walter. From poor law to welfare state: a history of social welfare in america. 6ª ed. Nova Iorque. The Free Press. 1999.

⁶⁵ Op cit. p. 36.

caracterização da saúde dessa forma afirma ser uma utopia, impossível de ser alcançado.⁶⁶

Assim, a saúde começa a ser entendida como parte de um sistema social. Ela é um sistema próprio dentro de outro sistema maior, a vida. Acrescenta-se, ao conceito de saúde, questões qualitativas, como a qualidade de vida, a democracia, a igualdade, o respeito ecológico e o desenvolvimento tecnológico.⁶⁷

Assenta-se que “uma variedade de direitos compõe, interage e modifica a qualidade de vida.” Então nomeia esses direitos como sendo afins ao direito à saúde.⁶⁸⁶⁹

3.2. O Direito À Saúde No Brasil

No Brasil, a preocupação com a saúde, aparece pela primeira vez na Constituição de 1934, limitando-se às problemáticas da época, quais sejam, de medidas sanitárias. As premissas de redução da mortalidade, higiene social e impedimento de propagação de doenças transmissíveis são exemplos insculpidos no texto.

Foi apenas em 1988 com uma nova Constituição, denominada de “cidadã”, que o tema foi positivado de forma vistosa. Ela é marcada pela instauração de um “novo regime político”⁷⁰, adotando “uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica”.⁷¹ É conhecida como “social”, devido aos direitos e às garantias fundamentais, expostos no título II, artigo 5º, e seus 78 incisos, bem como, os direitos sociais. Dois recortes do texto fazem-se pertinentes:

O artigo 6º, define os direitos sociais, como os direitos à “educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”⁷²

⁶⁶ SCHWARTZ, 2001. p. 39.

⁶⁷ MORAIS, 1997b. p. 198 apud SCHWARTZ, 2001. p. 29

⁶⁸ Op cit. p. 40

⁶⁹ A doutrina estrangeira é pioneira no estudo dos direitos afins ao direito à saúde e sugere-se o estudo sobre o tema. Por hora esse é dispensável para a análise do problema proposto nessa pesquisa.

⁷⁰ MENDES, 2013. p. 121.

⁷¹ MENDES, 2013. p. 63.

⁷² Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Essa última versão do artigo foi inserida pela emenda de nº 90, em 2015, anos após a promulgação do texto original. Conquanto o artigo sempre possuiu o termo “saúde”, diversas emendas foram aprovadas ao longo do tempo.

Adiante, no artigo 196, o direito à saúde é manifestado como:

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.⁷³

A previsão constitucional é satisfatória, entretanto, é fonte de discussão para os estudiosos do direito.

3.3. A Saúde Como Direito Fundamental

A dúvida sobre o direito à saúde ser fundamental, perante o ordenamento jurídico, demonstra-se importante para o desenvolvimento dessa pesquisa.

O termo “saúde” encontra-se exposto dezenas de vezes no texto constitucional, mas nem por isso poder-se-ia afirmar que é fundamental. Isso pois o Supremo Tribunal Federal reconheceu também a existência de direitos fundamentais sem previsão legal, ou seja, direitos que não estão expressos no texto constitucional.

Este entendimento não se limitou à identificação dos direitos indicados, por exemplo no artigo 5º, mas também “a partir do exame da existência de um especial vínculo do bem jurídico protegido com alguns valores essenciais resguardado da dignidade humana.”⁷⁴

A fundamentação usada é coerente com a intenção dos representantes do povo, explícita no preâmbulo da Constituição, em que os objetivos do seu texto se mostram reunidos e destinados à:

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,

⁷³ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁷⁴ Cf. Ação direta de inconstitucionalidade nº 939 no STF.

fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus.⁷⁵

Ainda, a doutrina define que “os direitos e garantias fundamentais são pretensões que se descobrem a partir de perspectivas do valor da dignidade da pessoa humana”⁷⁶ e que “no qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.⁷⁷

Ademais, a fundamentabilidade é o sustentáculo do direito e, por isso, possui prioridade em todo ordenamento jurídico. Consequentemente, sua violação ou a não satisfação resultaria na morte, no grave sofrimento ou interferia na autonomia do indivíduo.⁷⁸

Não obstante, a dúvida é afastada, por hora, com a análise da formatação do texto constitucional. Ambos artigos 5º e 6º estão contidos no título dos direitos fundamentais, sendo esses, divididos entre os capítulo I - direitos e deveres individuais e coletivos - e capítulo II, direitos sociais. Portanto, pode-se concluir precipitadamente que o direito à saúde é fundamental perante o ordenamento jurídico.

3.4. Os Problemas Práticos Relacionados ao Direito à Saúde

Schwartz conclui que “diante da enorme quantidade de garantias em relação ao direito à saúde, hipoteticamente, perfectibilizada estaria sua proteção.”⁷⁹ Porém, analisou-se até então a parte teórica do dever-ser. O questionamento que se faz é: como é o direito à saúde no mundo real? Nesse sentido:

⁷⁵ Cf. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (grifo meu). Cf. ADI 2.076, DJ de 8-8-2003, rel. Min. Carlos Velloso.

⁷⁶ MENDES, p. 159.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ª ed. São Paulo: Helvética. 1996. p. 177.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 209. 1999. Tradução de Luís Afonso Heck.

⁷⁹ SCHWARTZ, 2001. p.147

A questão não é tanto a de saber quais ou quantos são os direitos humanos, tampouco qual sua natureza ou fundamento, ou se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas qual é o modo mais seguro para garanti-los e para impedir que apesar das declarações e tratados internacionais, sejam violados continuamente.⁸⁰

O direito à saúde não é visto como um direito do cidadão, mas como um favor que o Estado faz, uma concessão de serviço.⁸¹ Diversos fatores resultam na (suposta) ineficácia da norma Constitucional. Nesse diapasão:

De fato, não basta a existência de serviços destinados à promoção, proteção e recuperação sanitária adequados e em número suficiente, nem a existência de normas legais prevendo todas as hipóteses de agravo à saúde pública, se o Estado não tiver atingido um nível tal de desenvolvimento socioeconômico e cultural que lhe permita dispor de todos os recursos técnicos existentes, atender a todas as necessidades de infraestrutura e possuir uma população educada para a saúde. Assim o Estado subdesenvolvido que não possui todos os recursos técnicos conhecidos para o tratamento de certas patologias, que não dispõe de meios econômicos para promover o saneamento ambiental ou que não educou sua população para a saúde, não pode atingir o mesmo nível sanitário daqueles desenvolvido que já emprega tais recursos socioeconômicos e culturais.⁸²

O relatório do ano de 1998, realizado pela Organização de Saúde da América Latina, aponta diversos fatores que interferem diretamente na política de saúde pública, como, por exemplo, a gestão de lixo e resíduos sólidos, a poluição dos veículos automotores, as incoerências no sistema educacional⁸³, incorreta alimentação ou até ausente.⁸⁴

Relata, ainda, que 75% da população brasileira depende do sistema de saúde oferecido gratuitamente pelo Estado.⁸⁶ Durante a década de noventa, o investimento

⁸⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDU-NISC, 1997. p.176

⁸¹ SCHWARTZ, 2001. p.155

⁸² DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. In: *Revista de Saúde pública*, n.22, p. 330. São Paulo. 1998 (b)

⁸³ Nesse específico caso, foi concluído que o vírus do HIV era mais presente naqueles que possuíam baixo grau de escolaridade.

⁸⁴ No decorrer da pesquisa, descobriu-se que diversos fatores estão diretamente relacionados ao direito à saúde e a suposta ineficácia da política pública de saúde é complexa. Porquanto o objeto de pesquisa se limita ao viés econômico e os possíveis desdobramentos são sugeridos para projetos futuros.

⁸⁵ Health in Americas. Ed. 1998. Vol. II. Disponível em: <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/3008/Health-americas-1993-1996-vol2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acessado em: 20. Mar. 2018. p. 124-126

⁸⁶ *Ibidem* p. 122

estatal na área da saúde foi de, no máximo, 3,3% do PIB.⁸⁷ O sistema de saúde contava com 70 mil médicos. Em contrapartida, o restante da população, 25%, contava com 120 médicos por atendimento privado.⁸⁸

No que tange aos medicamentos, ferramentas que auxiliam a saúde como um todo, 48% eram adquiridos pelas famílias que auferiam mais de 20 salários mínimos, o que correspondia a apenas 15% da população à época da pesquisa. A maioria dos brasileiros que auferia até 4 salários mínimos por mês e representava 51% da população era responsável pela compra de apenas 16% dos medicamentos, referente a uma média anual em torno de 19 dólares *per capita*, dez vezes menos do que o outro grupo.⁸⁹

Ainda, outra pesquisa, publicada em 2007, teve como objetivo comparar o preço de venda para os consumidores do Brasil com o da Suécia. A pesquisa comparou o preço de duzentos medicamentos considerados essenciais e concluiu que, em média, o preço praticado no Brasil era quase duas vezes superior ao praticado no país nórdico.

O medicamento Paracetamol, um analgésico clássico, era vendido no Brasil com valores quase dez vezes maior. O anestésico Bupivacaína, produzido por apenas uma empresa brasileira, chegou a ser comercializado por um valor superior a setenta vezes. Ainda é possível inferir que o fato de apenas uma empresa produzir o medicamento não necessariamente se relaciona com a diferença de preço, pois um antiparasitário que era produzido por quarenta e seis empresas tinha seu valor praticado no mercado brasileiro mais de cinquenta vezes mais caro do que no mercado sueco.⁹⁰

A diferença dos valores foi também relacionada ao lucro praticado, que pode chegar em 30%, e também ao sistema tributário do país, o qual tributa o produto em nível federal em 6% e em nível estadual em até 18%.⁹¹ Constatou-se que o valor real da produção gira em torno de apenas 20% do preço de mercado.⁹² Não obstante o

⁸⁷ Health in Americas. Ed. 1998. Vol. II. p. 120

⁸⁸ SCHWARTZ, 2001. p.150

⁸⁹ Ibidem p. 127

⁹⁰ Retail prices of essential drugs in Brazil: an international comparison. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rpsp/2007.v22n2/118-123/>> Acessado em 20. Mar. 2018

⁹¹ Public Policies in the Pharmaceutical Sector: A Case Study of Brazil. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186326902607/34pub_br57.pdf> Acessado em: 20. Mar. 2018

⁹² Relatório da CPI dos Medicamentos. Disponível em:

mercado farmacêutico tenha retraído no ano de 2002, os medicamentos continuaram a ter seus preços aumentados.⁹³

3.5. A Lei Orçamentária Anual do Estado

Poder-se-ia atribuir a responsabilidade pelos problemas práticos em relação à garantia do direito à saúde à falta de recursos financeiros do estado, porém, não se pode afirmar que não existe uma estratégia orçamentária. A Constituição de 1988, juntamente com as Emendas Constitucionais nº 3, de 1993, nº 20, de 1998, nº 29, de 2000, nº 42, de 2003, e nº 86, de 2015, estabelecem a procedência dos recursos financeiros que visam financiar o direito à saúde e outros.

No art. 198, §1º, a Carta estipula que a saúde será financiada nos termos do art. 195, com os recursos da União, dos Estados Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, como também por outras fontes. O art. 195, por sua vez, resolve sobre o financiamento da seguridade social, a qual engloba não só a saúde, mas também a previdência do Estado e a assistência social. Designa que, além dos recursos provenientes dos orçamentos de todos os entes da federação, a seguridade também será patrocinada pelas seguintes contribuições sociais residuais sobre: a) folha de pagamento do empregador; b) a receita bruta do empregador; c) o lucro do empregador; d) a renda do trabalhador; e) a receita de prognósticos e; f) as importações.

O art. 198, §2º, estipula que cada ente deve investir um percentual na saúde. A União fica responsável por direcionar no mínimo 15% da sua receita líquida⁹⁴.

Os Estados e o Distrito Federal ficam responsáveis pela aplicação de um percentual dos resultados da arrecadação dos tributos sobre: a) a transmissão *causa mortis* e doação⁹⁵; b) as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimedic/cpimedic_relp.PDF> Acessado em: 20. Mar. 2018

⁹³ Busca da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição “extrapreço”. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/4868/2/252.pdf>> Acessado em: 20. Mar. 2018

⁹⁴ Art. 198, §2º, inc. I, CF/88.

⁹⁵ Art. 155, inc. I, CF/88

prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação⁹⁶; c) a propriedade de veículos automotores⁹⁷; d) a renda e os proveitos retidos e pagos pela União para autarquias e fundações⁹⁸; e) o repasse realizado pela União de 20% dos impostos residuais⁹⁹; f) o repasse realizado pela União de 21% das rendas e dos proveitos dos impostos sobre produtos industrializados¹⁰⁰ e; g) o repasse realizado pela União de 10% das rendas e dos proveitos dos impostos sobre produtos industrializados, proporcional ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados¹⁰¹.

Cada Município fica, também, com a responsabilidade de direcionar um percentual dos resultados da arrecadação dos tributos sobre: a) a propriedade predial e territorial urbana¹⁰²; b) a transmissão "inter vivos"¹⁰³; c) serviços de qualquer natureza¹⁰⁴; d) a renda e os proveitos retidos e pagos pela União para autarquias e fundações¹⁰⁵; e) o repasse realizado pela União de 50% do produto da arrecadação do imposto sobre propriedade rural¹⁰⁶; f) o repasse realizado pelos Estados de 50% do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios¹⁰⁷; g) o repasse realizado pelos Estados de 25% do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação¹⁰⁸; h) o repasse realizado pela União de 22% do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e os proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados¹⁰⁹ e; i) o repasse de 25% sobre o repasse realizado pela União de 10% das rendas e dos proveitos dos impostos sobre produtos industrializados, proporcional ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados¹¹⁰.

⁹⁶ Art. 155, inc. II, CF/88

⁹⁷ Art. 155, inc. III, CF/88

⁹⁸ Art. 157, inc. I, CF/88

⁹⁹ Art. 157, inc. II, CF/88

¹⁰⁰ Art. 159, inc. I, alínea "A", CF/88

¹⁰¹ Art. 159, inc. II, CF/88. Ainda, desses serão descontados 25% sobre a parcela de 10% para repasse aos Municípios, conforme art. 159, §3, CF/88.

¹⁰² Art. 156, inc. I, CF/88

¹⁰³ Art. 156, inc. II, CF/88

¹⁰⁴ Art. 156, inc. III, CF/88

¹⁰⁵ Art. 158, inc. I, CF/88

¹⁰⁶ Art. 158, inc. II, CF/88

¹⁰⁷ Art. 158, inc. III, CF/88

¹⁰⁸ Art. 158, inc. IV, CF/88

¹⁰⁹ Art. 159, inc. I, alínea "B", CF/88

¹¹⁰ Art. 159, §3, CF/88

Desta maneira, a Carta desenha a base orçamentária anual do direito à saúde mediante os recursos provenientes de diversos repasses entre os entes da Federação para Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios, como também prevê a forma de financiamento da seguridade social, a ser usada também por ações e serviços relacionados à saúde, estipulando contribuições sociais residuais.

O planejamento da Lei Orçamentária anual, que é exclusiva do Poder Executivo¹¹¹, é importante para a garantia da saúde aos cidadãos brasileiros, pois “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criada, majorada ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”¹¹². Isso significa que, aprovada a Lei Orçamentária Anual, está aprovada também a possibilidade limitada dos benefícios e das ações relacionadas à saúde que o Estado prestará aos cidadãos, por isso, não se pode aumentar o gasto com a saúde sem a previsão prévia dos recursos financeiros, tal como já estipulado nessa Lei.

A gestão de todos os mandamentos constitucionais parece ser objetiva e matemática, mas a realidade é complexa e também insuficiente. É comum os entes da Federação sofrerem sanções pelo descumprimento de aplicação mínima na saúde ou apresentem projetos para aumentar o orçamento da saúde com aumento nas possibilidades de arrecadação.

No início do ano de 2018, o governador do Rio de Janeiro foi alvo de uma ação do Ministério Público, pois sua gestão não destinou para a saúde o percentual mínimo exigido pela Constituição¹¹³. O repasse foi tão insuficiente a ponto da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania analisar e aprovar, no início de 2018, uma alteração na Lei do SUS, para que 30% das multas de trânsito fossem direcionadas para o orçamento da Saúde.¹¹⁴

3.6. A Problemática Orçamentária

¹¹¹ Art. 165, inc. III, CF/88

¹¹² Art. 195, §5, CF/88.

¹¹³ Cf. MP entra com ação contra governador do RJ por não investir em saúde. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/mp-entra-com-acao-contra-governador-do-rj-por-nao-investir-em-saude.html>> Acesso em 21. Mar. 2018

¹¹⁴ Cf. Multas de trânsito poderão reforçar financiamento do SUS. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/03/21/multas-de-transito-poderao-reforçar-financiamento-do-sus>> Acesso em 21. Mar. 2018

Analisado o custo do medicamento e a forma de financiamento, seguir-se-á à análise do *quantum* disponível pelo Estado. Segundo Silva, o orçamento¹¹⁵ do Estado é único¹¹⁶ e deve cobrir os gastos tanto com as instituições governamentais quanto com a garantia dos direitos da sociedade.¹¹⁷

Tal separação existe, pois as instituições não garantem o direito por sua mera existência no mundo real. A realização de qualquer direito ou garantia necessita de dinheiro. No caso da realização dos direitos sociais e econômicos, requer ainda *mais dinheiro*.¹¹⁸

A diferença é exemplificada pelos custos do tratamento de pacientes portadores de HIV – decorrentes do direito à saúde – e pelos custos relacionados à garantia de outros direitos fundamentais, como, por exemplo o direito de greve.

O direito de greve dos trabalhadores é previsto na Constituição como um direito fundamental. Esse é dividido entre os trabalhadores da iniciativa privada e os da administração pública.

No art. 9º, é garantido o direito de greve aos trabalhadores em geral. Seus parágrafos restringem esse direito às atividades que não são essenciais à sociedade. Não é o texto constitucional que define quais atividades são essenciais, portanto, o conceito tem previsão de ser definido mediante lei posterior. Também pode-se falar em restrição, pois o segundo parágrafo prevê penalidades para conter o abuso do direito.

Percebe-se que o direito de greve insculpido no art. 9º tem aplicação imediata e eficácia contida. Enquanto o *caput* do artigo garante o direito, seus parágrafos podem o restringir.

¹¹⁵ A Constituição prevê a divisão orçamentária obrigatória em certos casos, incluindo o direito à saúde. Tal análise é sugerida para um estudo futuro.

¹¹⁶ Único no sentido de que a receita disponibilizada para a saúde vem dos impostos, os quais não possuem destinação vinculada à receita. Tentou-se, em 1997, aumentar o orçamento do Estado com a criação da CPMF, Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, destinada ao atendimento de necessidades urgentes. Porém, diante dos dados analisados, o dinheiro arrecadado ou não foi aplicado na saúde ou o foi de modo insatisfatório. Contudo, a contribuição deixou de existir em 2007.

¹¹⁷ SILVA, José Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 593.

¹¹⁸ Ibidem. p. 593 (grifo do autor)

O inciso VII, do art. 37º, também garante o direito de greve aos servidores públicos.¹¹⁹ Porém, o próprio texto vincula o direito “aos limites da lei complementar”. Isso quer dizer que o direito possui eficácia limitada, pois só será garantido o direito à greve aos servidores públicos após a criação de uma lei¹²⁰ que regule esse direito.¹²¹

O efeito disso é que se sustenta “a necessidade de uma atuação concretizadora do legislador nos casos em que o próprio constituinte considerou sua atuação como pressuposto do exercício do direito.”¹²²

Enquanto ambos necessitam da ação do Estado, o dinheiro necessário para custear os remédios dos pacientes portadores de HIV é maior do que o dinheiro necessário para custear a criação da lei complementar no Poder Legislativo.¹²³

Isso porque, diferentemente do direito de greve, o direito à saúde não possui a expressão condicionante de dependência de legislação específica para sua realização, o que dificulta a defesa de que o direito à saúde, mesmo não sendo expressamente condicionado pelo seu texto, requer legislação posterior.

Durante um período de tempo, o entendimento sobre a eficácia do direito à saúde dependia de condições objetivas, como: interposição legislativa, organização de estrutura e prestação de serviço. E, por isso, “o direito à saúde apenas poderia ser exercido nos termos e limites das políticas públicas existentes”¹²⁴.

¹¹⁹ Cf. FRAGA, Ricardo Carvalho; VARGAS, Luiz Alberto de. Greve dos servidores públicos e STF: o direito de greve dos servidores públicos após a decisão do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, v. 51, nº 81. Jan/jul. 2010. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_81/ricardo_fraga_e_luiz_alberto_vargas.pdf> Acesso em: 04 nov. 2017

¹²⁰ Ao tempo dessa pesquisa, ainda não existe lei complementar que regule o direito de greve dos servidores públicos. O Recurso Extraordinário nº 693.456 decide por descontar os dias não trabalhados, fundamentando o desconto no abuso do exercício do direito por servidores. Existe um Projeto de Lei (nº 710/2011) tramitando no Congresso, com o objetivo de regular o direito. Enquanto não houver lei complementar, é provável que o STF tenha que interferir na relação subjetiva de forma a sopesar o direito e seus limites.

¹²¹ Os Desembargadores, autores do artigo, exploram o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708, 712 STF, os quais acolheram a pretensão dos impetrantes, estipulando um prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. Exaurindo-se o prazo, diante da omissão legislativa, determinaria-se a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos, resultando na efetividade da efetividade da norma fundamental que assegura o direito de greve aos servidores públicos, dando cobro à inércia abusiva dos poderes constituídos, que, por 19 anos, frustrou-a.

¹²² SILVA, 1996. p. 179.

¹²³ SILVA, José Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 594.

¹²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19.

Porém, passou-se a admitir uma nova interpretação constitucional e “tornou-se desnecessária a existência de lei ou ato normativo prevendo que o Poder Público deva fornecer determinado tratamento de saúde, iniciando “uma nova interpretação do texto constitucional.”¹²⁵ Essa nova dogmática defende a força normativa das normas constitucionais de conteúdo programático e dos efeitos imediatos.¹²⁶ Pressuposto para que, caso seja provocado, o Poder Judiciário reúna fundamento legal para garantir a efetividade do direito.

Segundo Canotilho¹²⁷, esse tipo de julgamento utiliza normas camaleão, usadas conforme a conveniência, que resultam em uma justiça “fuzzy”.^{128,129}

3.7. A Intervenção do Poder Judiciário

No que tange ao tema, o que mais importa é a vontade política de priorizar o direito à saúde.¹³⁰ Pois, se as políticas públicas de saúde do Estado fossem suficientes e satisfatórias, não seria necessária a intervenção do Poder Judiciário.¹³¹

¹²⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 19.

¹²⁶ Tal qual se analisará os julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Coimbra, 2004.

¹²⁸ A tradução literal da palavra possui diversos significados: difuso, confuso, obscuro, embaraçado...

¹²⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Gonçalves; CORREIA, Erica Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*, Ed. 2. Saraiva. 2015. O autor faz uma retrospectiva sobre essa publicação em outro livro: “Voltamos ao tema quase dez anos depois em trabalho intitulado “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”. Em tal estudo, procuramos problematizar a dependência legal dos direitos constitucionais sociais tendo em conta a “reserva de cofres financeiros”. De certo modo, a nossa perspectiva dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade mediante dois esquemas: (i) procurar novas vias para a “desintroversão” da socialidade estatal; e (ii) distinguir entre direitos constitucionais sociais e políticas públicas de realização de direitos sociais. A linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o carácter dirigente da constituição social não significa a optimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social. O problema desta posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais.”

¹³⁰ SCHWARTZ, 2001. p.156

¹³¹ Ididem. p.157

Nesse sentido, a vontade política é delineada na Constituição Federal, como mandamento do art. 196, e todos os entes da Federação devem garantir o direito à saúde. Em relação ao art. 196, o Ministro Celso de Mello lembra que:

Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incube formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantia aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.¹³²

Porém, novamente, as letras da Carta não são aquelas que efetivam o direito à saúde e, na realidade fática, percebe-se que a efetividade não é satisfatória. Dessa maneira, o Poder Judiciário intervém, quando provocado, porque tem competência e legitimação para tal.¹³³

A atribuição do Poder Executivo é anterior à intervenção do Poder Judiciário. Esse só age caso verifique omissão da prestação positiva do Estado.¹³⁴ Mesmo sendo provocado, o Poder Judiciário não tem fundamento legal – e moral – para decidir da maneira que entende justo. Se assim o fizesse, estaria extrapolando a separação tríplice de poder e, aí sim, poder-se-ia dizer em juristocracia.

Ainda, ambos os poderes são responsáveis pela atividade do Estado, neste caso, a efetividade do direito à saúde, de modo que os direitos sociais tem suas raízes na limitação do uso do poder pelo Estado.¹³⁵ Nesse diapasão:

O fato significativo de estes direitos estarem dependentes da ação do Estado e apresentarem um inequívoco déficit de exibibilidade e justiciabilidade, leva os autores a falarem de *aporia* dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, e a reconduzir a problemática dos direitos sociais para o campo da política social. Este não é, contudo o entendimento constitucional.¹³⁶

O Poder Judiciário tem que – e pode – resolver o caso, muitas vezes por causa da omissão ou morosidade do Poder Executivo e do Poder Legislativo, e acaba por solucionar casos em concreto, os quais implicam o deslocamento de recursos públicos

¹³² Informativo do STF nº 210. Recurso Extraordinário 271.286 – RS. STF Ministro Celso de Mello

¹³³ SCHWARTZ, 2001. p.162

¹³⁴ Ibidem. p.162

¹³⁵ Ibidem. p.163

¹³⁶ CANOTILHO, 1996, p. 543/544 apud SCHWARTZ, 2001. p.163

de outras despesas, em razão da escassez dos recursos do Estado.¹³⁷ A análise econômica do direito não é frequentemente usada pelos magistrados do Brasil.¹³⁸

Nesse sentido:

Entende-se que o magistrado deve ser cauteloso, no exercício de sua jurisdição, ao criar despesas públicas não previsto no orçamento de modo que, se a justiça interfere no orçamento, interfere também nas políticas públicas, tornando gestor público, à revelia da separação dos poderes.¹³⁹

Diante do dilema do Estado não possuir recursos financeiros ilimitados e, conseqüentemente, do Poder Judiciário não extrapolar a separação de poderes e, quando invocado, decidir casos concretos, há então a teoria tríplice do princípio da reserva do possível, a qual escolhe uma solução.

Para tanto, a análise judicial deve verificar:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.¹⁴⁰

O autor desenha que, antes de decidir em favor da prestação de remédios, por exemplo, o magistrado tem que analisar se quem for condenado tem dinheiro em caixa, se esse dinheiro tem previsão orçamentária legal e se o gasto desse dinheiro é razoável ao caso concreto.

¹³⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. Ativismo do Poder Judiciário na Concessão de Medicamentos x Concretização das Políticas Públicas Constitucionais. In: Direito, Estado e Sociedade. nº 45, p. 99, jul./dez., 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2014;1001031197>>Ativismo do Poder Judiciário na concessão de medicamentos versus concretização das políticas públicas constitucionais> Acesso em 22. Mar. 2018

¹³⁸ Ibidem, p. 100

¹³⁹ Ibidem, p. 109. Cf. BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In. O que é análise econômica do direito. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 27-37.

¹⁴⁰ SCARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na respectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 287

Dessa maneira o autor defende que as decisões as quais abrangem esse posicionamento e interpretação alinham-se com o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Por fim, cabe a analisar da jurisprudência de casos concretos.

4. A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Nessa parte da pesquisa, tem-se por objetivo a análise das discussões dos problemas anteriormente explorados, quanto à exequibilidade do direito à saúde, na justiça brasileira, em específico nos votos de julgamentos ocorridos no Supremo Tribunal Federal, e também a exploração das soluções definidas pelos Ministros no que tange ao tema. Foram selecionados quatro casos julgados no STF, entre o período de 2006 até 2015, sendo dois destes julgamentos com repercussão geral.

Conforme já exposto anteriormente, o número de ações na justiça brasileira solicitando prestação positiva por parte do Estado, mais especificamente o fornecimento de medicamento, é vasto.

4.1. Carmelita Anunciada de Souza vs. Estado do Rio Grande do Norte e outros

No primeiro julgamento a ser analisado, o Estado do Rio Grande do Norte foi condenado a fornecer o medicamento de alto custo solicitado pelos autores. O remédio era o Sildenafil, destinado ao tratamento das enfermidades miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar. A sentença de 1º grau foi confirmada pelo Tribunal de Justiça, o qual consignou a imprescindibilidade do remédio para o procedimento terapêutico, assim como a incapacidade financeira da paciente e da família para adquiri-lo. Na tentativa de não fornecer ou até mesmo ganhar tempo, o Estado do Rio Grande do Norte entrou com diversos recursos, incluindo o recurso extraordinário ao STF.¹⁴¹

Nos seus argumentos, alega que: a) o valor desembolsado pelo Estado para fornecimento de remédio, que não consta no programa do ente público, extrapola o orçamento previsto para saúde; b) não existe previsão constitucional para rateio dessas despesas; c) a despesa gera lesão à ordem e à economia pública; d) existem muitos processos na justiça com causas de pedir e pedidos no sentido de obrigar o ente ao fornecimento de medicamentos; e) o direito à saúde é garantido vislumbrando

¹⁴¹ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 2

a reserva do possível, pois os recursos disponíveis são limitados e; f) o benefício de uma só pessoa se faz em detrimento de todas as outras que dependem do sistema de saúde.¹⁴²

Por fim, afirma que: o direito à saúde é o único direito social não incluído no rol dos direitos fundamentais da Constituição; gastar milhões de reais em medicamentos para uma só pessoa, sendo que esta está em estágio precário e os remédios só serviriam para prolongar sua vida, não é interesse do Estado; os anseios da sociedade são muitos, mas os recursos são limitados e; a concessão de medicamentos por ordem judicial implica duvidar da legalidade orçamentária e da separação dos Poderes.¹⁴³

No complexo voto, o Ministro Celso de Mello, inicialmente, pontua questões a serem enfrentadas, como, por exemplo: a) se o Tribunal usurpou das competências dos outros Poderes; b) quais os limites e as possibilidades de interferência.¹⁴⁴

Logo, ele aponta as disciplinas constitucionais que embasam seu raciocínio de que o direito à saúde é, sim, um direito fundamental. Nas palavras do Ministro:

A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.¹⁴⁵

O ministro já defendeu, em outros julgamentos, controvérsias similares, definindo que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que é previsto constitucionalmente.”¹⁴⁶

Os problemas orçamentários traduzem-se no princípio do mínimo existencial. A doutrina o define como: “direito às condições mínimas de existência humana, destinados à cobertura dos riscos da existência digna, que exige prestações estatais positivas, por isso apresentam-se plenamente judicializáveis.”¹⁴⁷

¹⁴² RE 566.471-RN STF. Relatório do Ministro Celso de Mello. p. 3

¹⁴³ RE 566.471-RN STF. Relatório do Ministro Celso de Mello. p. 4

¹⁴⁴ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 3

¹⁴⁵ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 5

¹⁴⁶ Cf. RE 195.1920-RS STF.

¹⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.35-36

O Ministro assume que esses serviços dependem de políticas públicas, de forma a garantir o acesso universal de medicamentos indispensáveis. Porém, aponta que existe, sim, um problema diferente. Por esse ângulo:

O problema maior surge quando omissões ou falhas na execução do que foi formulado implicam a impossibilidade de obtenção de medicamentos por pacientes que não possui condição financeira de acesso, indispensável a tratamento integral de saúde, necessário à própria existência digna. A situação, então, é potencializada quando configurada violação ao mínimo existencial ante a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde.¹⁴⁸

No que diz respeito à intervenção do Judiciário na formulação de políticas públicas, de atribuição do Poder Executivo, concomitantemente às limitações dos recursos do Estado, alertou que não se trata de intervenção ampla, apenas como ferramenta secundária quando casos específicos não são atendidos pela política pública.¹⁴⁹ Nesse sentido:

Sabe-se que há, no País, a Política Nacional de Medicamentos, com a elaboração de listas daqueles a serem distribuídos aos que necessitem. Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas.¹⁵⁰

O Ministro alerta que “não se trata de defender a ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços.”¹⁵¹ Porém, entende que a tese da reserva do possível – ou como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não pode prosperar.

Após a ponderação, conclui que “a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária.”¹⁵²

O mesmo entendimento também vigorou em outro julgamento envolvendo obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.¹⁵³ No caso, a reserva do possível foi afastada em prol “do dever de assegurar condições minimamente dignas de

¹⁴⁸ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 7

¹⁴⁹ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 8

¹⁵⁰ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 7

¹⁵¹ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 8

¹⁵² RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 8

¹⁵³ Cf. RE 592.581-RS STF

existência.”¹⁵⁴ Dessa maneira, comprovou-se ser “lítico ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer. Não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.”¹⁵⁵

Por conseguinte, o Ministro considera que o Tribunal vem assegurando o fornecimento dos remédios aos que necessitam e não podem adquirir, ao longo de duas décadas.¹⁵⁶ Seu objetivo, então, é definir um critério para o Estado tutelar o mínimo existencial, mediante intervenção judicial, independentemente do alto custo do medicamento ou de não constar nas listas dos programas públicos de saúde. Atenua-se que a possibilidade cinge dois pontos.

O primeiro é a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo. Nesse ponto, é necessário que o medicamento solicitado possua registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, caso contrário, configurar-se-á ilícito.¹⁵⁷

O segundo quesito trata da incapacidade financeira do requerente para aquisição do medicamento – elemento subjetivo.¹⁵⁸ O questionamento que se faz aqui é “a capacidade de quem?” A solidariedade social é abordada:

A realização do direito à saúde pelo Estado está incluída em um projeto mais amplo de justiça redistributiva: a sociedade como um todo, por meio do pagamento de impostos e de específicas contribuições sociais, financia serviços públicos no campo dos direitos sociais — programas de educação, moradia, alimentação, trabalho, saúde, previdência e assistência social — em benefício, principalmente, dos mais necessitados.¹⁵⁹

Por tempo, a sociedade como um todo custeia o direito à saúde em uma macropolítica. Contudo, os integrantes da família, entendendo-se “família” em sua concepção moderna, formando uma micropolítica, também têm deveres uns para com os outros e o Estado possui obrigação subsidiária à família.¹⁶⁰ Assim, a obrigação cairia perante: cônjuge, ascendente, descendente ou parentes unilaterais. Nesse diapasão: “A obrigação destes, precede a do Estado, vai até subsistir a capacidade

¹⁵⁴ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 8

¹⁵⁵ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 9

¹⁵⁶ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 9

¹⁵⁷ Cf. Lei nº 6.360, de 1976. O art. 12 leciona a ilegalidade do remédio que não possui registro na ANVISA.

¹⁵⁸ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 11

¹⁵⁹ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 14

¹⁶⁰ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 14-16

financeira para custeio de direitos básicos – saúde, educação, alimentação, moradia – de si mesmos e de eventuais membros mais próximos da mesma família.”¹⁶¹

No campo processual, o autor, quando solicitar uma decisão em caráter liminar, deverá apresentar declaração de incapacidade financeira conjuntamente com a de todos os seus familiares, podendo o Estado contestar as declarações.

O Ministro, então, formulou a seguinte tese para votação:

Reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade — adequação e necessidade —, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Com esses critérios aprovados pelo Tribunal, o Ministro nega provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Norte, fixando a tese sob o ângulo da repercussão geral. O entendimento fixado nesse julgamento se aplica e se aplicará nos processos suspensos que possuíam o mesmo pedido e causa de pedir e também em todas as outras ações que se enquadram nos requisitos desse julgamento.

4.2. Ministério Público vs. Estado do Paraná

O Ministério Público propôs uma ação civil pública com a finalidade de garantir o direito à saúde, mediante o patrocínio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas, em benefício de pacientes do Sistema Único de Saúde – SUS.

Primeiramente, questionou-se a legitimidade ativa do MP. Conforme o voto do Ministro Celso de Mello, já foi discutido e fixado o entendimento no sentido do *parquet* estadual possuir legitimidade. Por isso, trata-se de questionamento já superado. Nas palavras do Ministro:

¹⁶¹ RE 566.471-RN STF. Voto do Ministro Celso de Mello. p. 16

A Atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesse metaindividuais, viabilizada, instrumentalmente, por meio processual adequado (ação civil pública, no caso), que lhe permite invocar a tutela jurisdicional do Estado como o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos respeitem, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública (CF, art. 129, II), como se qualificam, constitucionalmente, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), legitima-se, plenamente, em decorrência da condição institucional de “defensor do povo” que é conferida ao “Parquet” pela própria Constituição da República.¹⁶²

Abordou-se, em seguida, a possibilidade do Judiciário ordenar o adimplemento do direito à saúde sem que ofenda a separação dos Poderes. Esse tema também já havia sido discutido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/DF¹⁶³, do Ministro Relator Celso de Mello¹⁶⁴, a qual estabelece a possibilidade de intervenção Judicial quando o Estado é omissor no adimplemento de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas, que tem como objetivo assegurar de forma concreta o acesso aos direitos e seu gozo pela coletividade. Nesse sentido, o Ministro relembra a decisão:

Considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (ou de segunda dimensão) – com as liberdades positivas, reais ou concretas... É que, se assim não for, prestarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez.¹⁶⁵

¹⁶² RE 727.864 PR. STF. p. 3

¹⁶³ Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF-MC 45/DF, Relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004

¹⁶⁴ A análise dos argumentos contrários à ideia da “Juristocracia” é importantíssima, porém, aquém do foco deste trabalho. Recomenda-se a leitura do artigo de Eduardo Medonça, já referenciado.

¹⁶⁵ RE 727.864 PR. STF. p. 5

Mais adiante, o voto aborda a possível “*Juristocracia*”¹⁶⁶. Porém, o Ministro prontamente contesta, pois a intervenção é em caráter excepcional, apenas acontece se e *quando* há o descumprimento dos deveres políticos e jurídicos, os quais a Carta Magna leciona a todos os entes da Federação.¹⁶⁷ Nesse sentido, em relação aos pedidos do autos, o Tribunal de Justiça do Paraná concatena a possibilidade da intervenção:

A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros. Cumpre asseverar que, por mais relevantes que sejam as dificuldades orçamentárias dos órgãos públicos, ou por mais necessária que seja a regulamentação dos procedimentos do Sistema Único de Saúde, não é possível desrespeitar a Constituição Federal, sob pena de afronta à ordem jurídica, privilegiando-se meros regulamentos e, mais grave ainda, dando-se poderes ao administrador para, sob os mais variados pretextos, descumprir a Lei Maior. Assim sendo, não pode o ente federativo utilizar como argumento a reserva do possível ou a ausência de previsão orçamentária quando a questão trata do direito à saúde do cidadão. O Poder Público deve proporcionar aos cidadãos o acesso à saúde, através de atendimento médico, internamentos, exames, tratamentos de caráter essencial e medicamentos, uma vez que são indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Assim, o Apelante não pode privar os cidadãos do atendimento médico, sob pena de ferir-se comando da Carta Magna. Destarte cabe ao Poder Judiciário, sopesar os interesses alegados pelas partes e solucionar a questão à luz do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Desta forma a imposição de internamento digno, em hospital público ou particular, dos pacientes que dele necessitam é medida necessária face à inércia do Estado em solucionar tais problemas. Importante salientar que, no presente caso, devem ser ponderados os valores vida e patrimônio, devendo prevalecer as medidas que protejam, primeiramente, a vida humana e sua dignidade. Destarte, considerando que o internamento em leitos de hospitais privados seja medida excepcional, mas necessária a garantia da saúde, as alegações de prejuízo ao erário, ônus excessivo e de observação da reserva do possível devem ser afastadas.¹⁶⁸

Não obstante, o Ministro enfatiza que a suposta intervenção é realizada com base na necessidade de fazer valer a vontade do constituinte originário e qualifica-se como “expressiva limitação à discricionariedade administrativa.”¹⁶⁹ Nesse sentido, a Conselheira do Conselho Nacional de Justiça assinala:

¹⁶⁶ Termo utilizado por Eduardo Mendonça para definir o comportamento intervencionista do Poder Judiciário nos outros Poderes da República.

¹⁶⁷ RE 727.864 PR. STF. p. 6

¹⁶⁸ RE 727.864 PR. STF. p. 7-8

¹⁶⁹ RE 727.864 PR. STF. p. 8

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Adiante, discorreu-se sobre a aplicação do princípio da reserva do possível não poder ser usada de modo a exonerar o Estado do cumprimento de suas atribuições constitucionais. A aplicação do princípio é possível apenas quando justamente aplicada e fundamentada pelo Estado.¹⁷⁰ Por resultado, o Estado se equipara com “escolhas trágicas”, pois deve cumprir a ordem Judicial, mas, ao mesmo tempo, lidar com a escassez de recursos financeiros para a mesma finalidade. Acentuou-se o precedente do STF:

“A missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.”¹⁷¹

No que diz respeito à força vinculativa da norma constitucional, o Ministro orienta que a regra inscrita no art. 196 da Constituição possui caráter programático, a qual se destina a todos os entes políticos da República. Caso contrário, representaria uma promessa constitucional inconsequente. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente explanado seu entendimento no sentido de:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.

¹⁷⁰ RE 727.864 PR. STF. p. 10-11

¹⁷¹ RE 727.864 PR. STF. p. 12

196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode convertê-la em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹⁷²

Contudo, esclareceu-se sobre a responsabilidade solidária. Isto é, a responsabilidade que todos os entes da Federação têm pelo adimplemento da norma constitucional, sendo plenamente capaz de configurá-los no polo passivo da ação, e, pelos próprios fundamentos do Tribunal de Justiça, o recurso foi conhecido e improvido e o acórdão se manteve.

4.3. Luiz Marcelo Dias e outros vs. Estado do Rio Grande do Sul

No ano de 2006¹⁷³, a justiça brasileira tratou da prestação de medicamentos de alto custo a pacientes com esquizofrenia paranoide e doença maníaco-depressiva crônica com episódios de tentativa de suicídio. Os autores da ação, mesmo antes de esgotarem a via administrativa¹⁷⁴, pediram na Justiça a obrigação do Estado de prestar gratuitamente medicamentos necessários à manutenção da vida, com fulcro no art. 196 da Constituição.

Em 1º grau, o Juiz de Direito deferiu os pedidos dos autores, o que levou o Estado do Rio Grande do Sul a recorrer. Em 2º grau, a sentença foi reformada, sendo

¹⁷² Cf. RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO

¹⁷³ Cf. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0 Rio Grande do Sul.

¹⁷⁴ Nesse julgamento, infere-se que a condição da ação com pedido de fazer não depende do esgotamento do pedido na via administrativa.

o acórdão fundamentado pela falta de prova idônea no que se refere ao risco de vida dos pacientes. O manejo de recurso extraordinário ao Superior Tribunal tinha a finalidade de reverter o acórdão do tribunal do Rio Grande do Sul.

O relator do recurso, Ministro Celso de Mello, manifestou seu entendimento no sentido de reestabelecer a sentença do juiz de primeiro grau. Nas palavras do Ministro:

Entendo assistir plena razão aos recorrentes, que são irmãos, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que - considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pelas patologias que afetam os recorrentes (que são portadores de esquizofrenia paranoide e de doença maniaco-depressiva crônica) - a ausência de capacidade financeira que os aflige impede-lhes, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento dos medicamentos a que têm direito e que se revelam essenciais à preservação da integridade do seu estado de higidez mental e de sua própria vida, porque os seus antecedentes pessoais registram episódios de tentativa de suicídio.¹⁷⁵

Não obstante, a Procuradoria Geral do Estado continuou manejando recursos, com a finalidade de isentar o Estado da prestação dos remédios. Por fim, no julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário, o Ministro Celso de Mello pontuou em seu voto sobre a interpretação da norma programática não poder transformá-la em promessa constitucional inconsequente. Nas palavras do Ministro:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Ainda, em relação ao último recurso apresentado pela Procuradoria, entendeu que possuía a finalidade de atrasar o cumprimento da obrigação de fazer e estipulou, com fundamento em precedentes daquele tribunal, uma multa com a finalidade de impedir o exercício abusivo do direito de recorrer. Nas palavras do Ministro:

¹⁷⁵ Cf. Informativo STF nº 414

O abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses.

Assim, ocorreu o improvidente do recurso de agravo e, por consequência, a obrigação de prestar remédios vigorou.

4.4. Clarice de Abreu de Castro Neves vs. União e outros

Em 2010, sucedeu-se outro julgamento¹⁷⁶ no STF sobre a prestação de medicamentos a uma jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo “C”, uma doença neurodegenerativa rara que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como: “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria, limitações de progresso escolar e paralisia progressiva.”

No julgamento, levantou-se a hipótese dos pedidos do autor e a possível decisão do tribunal se enquadrarem como “Judicialização do Direito à Saúde”. Pois, supostamente, a competência é exclusiva do Poder Executivo e, ao decidir sobre o caso, o Poder Judiciário estaria extrapolando suas atribuições constitucionais. Ainda, a utilização do termo “judicialização¹⁷⁷” traz um tom pejorativo ao Poder Judiciário como um todo, porque demonstra um “ativismo judicial”, mesmo nesses casos, em que o próprio legislativo fora provocado.

No tempo da propositura da ação, o tratamento pelo medicamento requisitado, além de custar aproximadamente R\$ 50.000,00 por mês, não estava na lista da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Com base nas provas clínicas e nos exames laboratoriais da condição da autora e também na verossimilhança das

¹⁷⁶ Cf. Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada STA nº 175/CE – Ceará. STF

¹⁷⁷ Cf. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. In. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 211-247, 2009.

alegações do medicamento solicitado ser o único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente, foi deferida tutela antecipada¹⁷⁸.

A União, por sua vez, agravou a decisão, argumentando no sentido de que o medicamento não havia sido regularizado pela ANVISA e que não havia sido implementado no Sistema Único de Saúde – SUS. Defendeu-se processualmente alegando que não vislumbrava legitimidade para configurar no polo passivo da ação e o Judiciário poderia estar intervindo em política pública, de competência do Poder Executivo.

O extenso voto¹⁷⁹ do Ministro Gilmar Mendes consolidou as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública da Saúde, realizada naquele tribunal, e concatenou critérios para uma decisão acerca do tema. Em destaque, a argumentação que esgotou a dúvida em relação à suposta judicialização do direito à saúde, que destacou o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/DF¹⁸⁰, do Ministro Relator Celso de Mello¹⁸¹.

¹⁷⁸ O que é tutela antecipada?

¹⁷⁹ A seleção dos julgados do STF fogem da sequencia cronológica. Podem parecer contraditórios, considerando que são anteriores à data dos julgamentos de repercussão geral relativas ao tema. Porém, escolheu-se desta forma, pois são julgamentos selecionados pelo próprio STF e que acabaram mostrando um alto potencial de problematização e de uso de termos precisos e técnicos que se demonstram importantes para a problematização da pesquisa como um todo.

¹⁸⁰ Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Carácter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da 'reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). ADPF-MC 45/DF, Relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004

¹⁸¹ A análise dos argumentos contrários à ideia da “Juristocracia”, são importantíssimos, porém, aquém do foco deste trabalho. Recomenda-se a leitura do artigo de Eduardo Medonça, já referenciado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta hora, percebe-se que a Constituição, derivada do constitucionalismo clássico do século XVIII, definiu direitos inatos aos homens, sendo um deles o direito à saúde.

Explorou-se as interpretações dos doutrinadores e juristas das normas insculpidas na Carta, diferenciando a validade da eficácia e também categorizando a eficácia em diferentes grupos.

Averiguou-se o grupo das normas de eficácia limitada, que contém as normas do direito à saúde. São efetivas de pronto, porém, uma outra regra específica pode limitar sua efetividade.

Inferiu-se que ainda não existe regra com esse objetivo. Não obstante, as políticas públicas, na prática, executam finalidade similar, pois, de alguma forma, limitam o direito à saúde.

Atinou-se para a interpretação que traz uma nova forma de interpretar essas normas e, conseqüentemente, o direito à saúde.

Explorou-se os fundamentos e argumentações dos julgamentos no Supremo Tribunal Federal, os quais permitiram, com base nas decisões, formular três pontos concludentes:

1. A intervenção Judicial não lesiona a separação dos Poderes quando não remodela a política pública, de competência do Poder Executivo.
2. O julgamento se limita a prestar tutela diretamente a casos específicos, observados os requisitos de imprescindibilidade e incapacidade financeira.
3. É possível afastar o princípio da reserva do possível quando dedica-se à garantia do mínimo exigido para uma vida digna.

Portanto, a ordem judicial para o Estado fornecer o medicamento para apenas uma pessoa resulta na necessidade da Administração, de última hora, realocar recursos financeiros para cumprir tal ordem. Pois dificilmente o Estado tem orçamento para cumprir medidas judiciais relacionadas à saúde.

A falta de previsão legal que restringe a eficácia da norma leva ao adimplemento do direito da saúde pelo Estado, mesmo se ele não dispõe de todos os

recursos financeiros para tanto.¹⁸² Até quando o Estado poderá manter essa conduta?¹⁸³

Nesse diapasão, surge a possibilidade da tutela jurisdicional postergar uma análise de justiça distributiva.

Poder-se-ia analisar a questão dessa distribuição de recursos com maiores requisitos? Por exemplo: quem pagou mais imposto? Ou: quem trará mais benefícios para a República? Ou até: quem teve mais responsabilidades de ter ficado doente, pelo fato de nunca ter seguido uma vida saudável, e, por conseguinte, ficou doente e bate às portas do Judiciário solicitando seus direitos?

Contudo, sugere-se uma análise mais aprofundada sobre o tema, em pesquisas futuras.

Desta forma, conclui-se o trabalho, que não possui finalidade de confrontar os entendimentos da jurisprudência e dos tribunais, mas, sim, de assimilar as discussões pertinentes ao tema, permitindo a continuidade do trabalho em projetos futuros.

¹⁸² Os pedidos também contam com outros artigos e princípios para fundamentar as ações.

¹⁸³ Cf. JONAS, Hans. O princípio da responsabilidade. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. 2006

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 209. 1999. Tradução de Luís Afonso Heck.

Busca da equidade no acesso aos medicamentos no Brasil: os desafios impostos pela dinâmica da competição “extrapreço”. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/4868/2/252.pdf>>. Acessado em: 20. Mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Gonçalves; CORREIA, Erica Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**, Ed. 2. Saraiva. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Coimbra, 2004.

CIANCIARDO, Juan. **El principio de razonabilidad**. Buenos Aires. Abaco.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. In: *Revista de Saúde pública*, n.22, p. 327-334. São Paulo. 1998 (b).

DENCZUK, Tatiana. Judicialização de políticas públicas para concretização do direito fundamental à saúde: Aprimorando a prestação jurisdicional por meio do processo civil. Dissertação de Mestrado. Unicuritiba, 2016. Disponível em: http://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2016/Tatiana_Denczuk.pdf. Acesso em: 02. Abr.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2002.

Health in Americas. Ed. 1998. Vol. II. Disponível em: <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/3008/Health-americas-1993-1996-vol2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 20. Mar. 2018.

Informativo do STF nº 210. Recurso Extraordinário 271.286 – RS. STF. Ministro Celso de Mello.

Informativo 414 STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo414.htm#transcricao1>>. Acesso em: 5. Mar. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDU-NISC, 1997.

MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. In. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 13, p. 211-247, 2009.

Public Policies in the Pharmaceutical Sector: A Case Study of Brazil. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186326902607/34pub_br57.pdf>. Acessado em: 20. Mar. 2018.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na respectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 11ª ed. São Paulo: Helvética. 1996.

Retail prices of essential drugs in Brazil: an international comparison. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/rpsp/2007.v22n2/118-123/>>. Acessado em: 20. Mar. 2018.

Relatório da CPI dos Medicamentos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpimed/cpimed_relp.PDF>. Acessado em: 20. Mar. 2018.

RE 566.471 RN STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 05. Mar. 2018.

RE 657.718 MG STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em: 05. Mar. 2018.

RE 727.864 PR. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf>>. Acesso em: 5. Mar. 2018.

RE 393.175-0 RS STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em 05. Mar. 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HUNGARO, Luis Alberto. Ativismo do Poder Judiciário na Concessão de Medicamentos x Concretização das Políticas Públicas Constitucionais. In: Direito, Estado e Sociedade. n. 45, p. 99, jul./dez., 2014.

SILVA, José Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

STA 175 AGr CE STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 05. Mar. 2018.

UOL Ciência e Saúde. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 08. Ago. 2017.