

UNIVERSIDADE DE LISBOA
GABINETE DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS
FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito
Direito Constitucional



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O DIREITO SOCIAL À SAÚDE:
SUAS POSSIBILIDADES E CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO
NO LIMITE DA TENSÃO ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO

LUÍS ANTÔNIO SAUD TELES

Lisboa

2017

LUÍS ANTONIO SAUD TELES

**O DIREITO SOCIAL À SAÚDE:
SUAS POSSIBILIDADES E CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO
NO LIMITE DA TENSÃO ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de Estudos Pós-Graduados da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito

Perfil: Direito Constitucional

ORIENTADOR: Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes

Lisboa

2017

LUÍS ANTÔNIO SAUD TELES

**O DIREITO SOCIAL À SAÚDE:
SUAS POSSIBILIDADES E CONDIÇÕES DE EFETIVAÇÃO
NO LIMITE DA TENSÃO ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: _____
Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes

Banca Examinadora:

Professor Doutor _____

Professor Doutor _____

Professor Doutor _____

Coordenador do Gabinete de Estudos Pós-Graduados:

Professor Doutor _____
Lisboa, _____

**Porque acordado, observo
muitas vezes o absurdo dos sonhos,
mas nunca sonho com o absurdo
dos meus pensamentos despertos.**

**Basta-me, estando desperto,
saber que não sonho, muito embora,
quando sonho, me julgue acordado.**

(Thomas Hobbes)

Agradecimentos:

A conclusão do Curso de Mestrado em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, significa a concretização de um desejo há muito nutrido e que somente restou possível com a participação de muitos, a quem aqui rendo minhas melhores homenagens e mais sinceros agradecimentos. Particularmente, agradeço:

Aos meus pais, Luiz e Maria, e à minha irmã, Marilis, que me ensinaram a distinguir o caminho certo do errado e me capacitaram a ser uma pessoa capaz de amar a mim mesmo e ao próximo.

Aos meus familiares de Vacaria, de Porto Alegre e de Passo Fundo, em especial, aos tios Antônio e Isac, pelo incondicional apoio à minha formação.

À Escola Nacional da Magistratura, pela disponibilização da bolsa de estudos e permanente preocupação com a qualificação e formação dos Magistrados do Brasil.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, instituição que tenho a honra e o orgulho de integrar, meu formal agradecimento pela dispensa concedida e confiança depositada.

À equipe de trabalho da 6ª Vara Cível de Pelotas, em especial, à Kelly, pessoa que admiro como profissional e como amiga, pelo apoio inestimável e compreensão pela ausência necessária.

À Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pela acolhida e pelas oportunidades de formação alcançadas aos estudantes brasileiros.

Aos professores, com quem tive o privilégio do contato em salas de aula, pela inestimável contribuição à minha formação acadêmica.

Ao meu professor-orientador, Doutor Carlos Blanco de Moraes, que, tal qual experiente ourives, soube aparar as arestas do meu discurso e transformar em algo de valor o que não passava de emaranhado de ideias.

Aos velhos amigos que deixei no Brasil. Aos novos amigos que encontrei em Portugal.

A Cristiano Susin, pela amizade sincera e inestimável auxílio com a tradução do resumo para a língua inglesa.

A todos, MEU MUITO OBRIGADO!

Para:

Dani, Mariana e Pedro.

Que eu jamais esqueça,
a cada amanhecer, de agradecer
a dádiva de ter-vos no meu convívio.
De poder amar-vos com toda a intensidade
do meu ser.
De querer, a cada dia, ser um pouco melhor;
de ver, nos vossos olhos, o motivo para viver e
a melhor definição de felicidade e amor incondicional.
Tal qual a mensagem no imã, na porta da nossa geladeira:
O melhor lugar, é quando estamos juntos!

RESUMO

A presente dissertação destina-se ao cumprimento do requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, perfil: Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, restando inserida na correspondente linha de pesquisa. O problema imaginado guarda relação com os limites e possibilidades da concretização judicial de políticas públicas relativas ao direito fundamental social à saúde, no Estado Democrático de Direito. A escolha da temática deve-se, em especial, à relevância e atualidade tanto no direito brasileiro, como no direito português. No direito brasileiro, diante da crítica endereçada ao Poder Judiciário, pela chamada judicialização das políticas públicas e consequente quebra do princípio da separação dos poderes; em Portugal, diante das discussões decorrentes da chamada jurisprudência da crise, onde o Tribunal Constitucional Português restou convocado a decidir sobre os limites constitucionais de medidas governamentais restritivas de direitos sociais, adotadas para afastar a situação de crise econômico-financeira, notadamente a partir do ano de 2012. No cerne da abordagem estará sempre a tensão entre o princípio democrático e o constitucionalismo, assim compreendido como uma trincheira contramajoritária de defesa dos direitos fundamentais e intransigente manutenção da separação de poderes; bem como os limites da interpretação do texto constitucional enquanto sistema de regras e princípios. O primeiro objetivo específico busca, pelo método indutivo e, especialmente, pela técnica da pesquisa bibliográfica, definir a força normativa da Constituição e sua identificação enquanto limite jurídico do político, com a consequente identificação de uma esfera indisponível ao poder político, correspondente aos direitos fundamentais e à separação de poderes. O segundo

objetivo específico, igualmente a partir da revisão bibliográfica, busca a definição do direito social como verdadeiro direito subjetivo, com idêntica justiciabilidade relativamente aos direitos e liberdades. O terceiro objetivo específico busca a apresentação descritiva de uma decisão do Supremo Tribunal Federal e uma do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que possuem a pretensão de servir de parâmetro de julgamento para as futuras demandas relativas ao mesmo tema. O resultado da pesquisa vai apresentado como hipóteses práticas com potencialidade de contribuir para a redução da judicialização da saúde, com a conseqüente atenuação das intervenções do Poder Judiciário no âmbito das escolhas políticas.

Palavras-chaves: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais Sociais. Saúde. Judicialização.

ABSTRACT

The present thesis is submitted in partial fulfillment of the requirements of the Master's Degree in Law, Constitutional Law, Faculty of Law, University of Lisbon, Lisbon, Portugal. The present problem relates to the limits and possibilities regarding the judicial implementation of public policies related to the fundamental human right to health in the Democratic State of Law, which is a very relevant issue in Brazilian and Portuguese law. In Brazil, the so-called judicialization of public policies and its consequent breach of the principle of separation of powers, and in Portugal, the so-called jurisprudence of the economic and financial crisis of 2012, in which the Portuguese Constitutional Court was summoned to decide on the constitutional limits of governmental measures restricting social rights. This issue has at its core the tension between the democratic principle and constitutionalism, understood as the defense of fundamental rights and uncompromising maintenance of separation of powers; as well as the limits of the interpretation of the constitutional text as a system of rules and principles. The first specific objective seeks to define the normative force of the Constitution and its identification as a legal limit of the political system, with the consequent identification of a sphere that is unavailable to political power, corresponding to fundamental rights and the separation of powers. The second specific objective, also from the bibliographical review, seeks the definition of social law as a true subjective right, with equal justification for rights and freedom. The third specific objective aims to present and discuss decisions from the Federal Supreme Court and from the Court of Santa Catarina, which may be used as a benchmark for future lawsuits related to the same subject. This research is presented as practical hypotheses with the potential to contribute to the reduction of the judicialization of the

health system, with the consequent attenuation of the interventions of the Judiciary in the scope of the respective public policy.

Keywords: Constitutional Law, Fundamental Social Rights, Health, Judicialization.

Índice

I) A teoria

1- Introdução à discussão.....	p. 12
2- A constituição enquanto norma jurídica.....	p. 22
3- Os direitos fundamentais e a norma constitucional relativa ao direito à saúde.....	p. 33
4- A tensão entre o jurídico e o político.....	p. 40
5- A Constituição como limitação jurídica das opções políticas...	p. 46
6- Direitos sociais como direitos subjetivos.....	p. 62
7- O texto normativo relativo ao sistema de saúde no direito brasileiro.....	p. 81
8- A reserva do possível, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.....	p. 91

II) A realidade.

9- Dois paradigmas jurisprudenciais para a distinção e identificação das demandas relativas ao direito à saúde.....	p. 112
9.1) a Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 do STF.....	p. 119
9.2) o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 03002355-11.2014.8.24.0054/50000.....	p. 125
10- Aportes para a discussão de soluções.....	p. 138
11- Conclusão.....	p. 159

1- Introdução à discussão

Vem da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a sentença no sentido de que a sociedade na qual a garantia dos direitos fundamentais não se encontra assegurada, nem a separação de poderes estabelecida, não tem Constituição¹.

Tal compreensão de Constituição, vinculada à garantia dos direitos fundamentais e à limitação de poderes, muito bem serviu aos interesses e ideais daquele Estado Liberal^{2 3} que se instalava, estaiado na necessidade da confirmação, afirmação e promoção primeira dos direitos, garantias e liberdade do cidadão e a consequente necessidade de contenção da tirania do poder soberano⁴. O Estado

- 1 Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, nº 16: *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*. Conforme Paulo Bonavides, nada obstante a importância da Magna Carta dos ingleses, ou das Cartas das Colônias e do Pacto Federativo da Filadélfia, dos norte-americanos, foram os franceses que, com a declaração dos Direitos do Homem, dilataram as fronteiras da nova fé política (referindo-se ao liberalismo), de tal sorte que o governo livre deixa de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia e passa a ser o apanágio de cada ser humano (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30).
- 2 Para o que se propõe no presente trabalho, basta a compreensão do Estado Liberal como o Estado estruturado sob as bases da defesa da propriedade privada, da liberdade, da igualdade formal e da limitação do poder pela lei.
- 3 Jorge Reis Novais diz que: “Direitos fundamentais e divisão de poderes (com império da lei e princípio da legalidade), surgem, pois, como os elementos fundamentais do Estado de Direito Liberal, tal como proclamava, de forma lapidar, o art. 16º da Declaração de Direitos de 1789” (NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 75). No mesmo sentido, Manoel Afonso Vaz fala que a essência, a materialidade e o ideal da Constituição Liberal residiam, assim, na afirmação dos direitos-liberdades dos cidadãos e na consagração do princípio da separação dos poderes que somente um texto de força jurídica especial asseguraria. (VAZ, Manoel Afonso. **Teoria da constituição: o que é a Constituição hoje?**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 43)
- 4 Para este momento, importa a noção inicialmente concebida de soberania como poder pessoal e supremo de um monarca, não subordinado à lei, tal como pensado por Hobbes e citado por Marcelo Neves (NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Levatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito para além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.

Liberal trazia consigo, como exigência e fundamento de afirmação, a necessidade da mínima intervenção nos domínios dos direitos do homem, na sua vertente mais individual e isolada possível. Direitos estes relativos à liberdade pessoal, inviolabilidade da consciência e pensamento e a garantia do patrimônio privado⁵. Dessa forma, no Estado Liberal, os direitos fundamentais apontavam para a garantia da autonomia do homem para assegurar, precipuamente, a liberdade, a propriedade privada e a segurança contra os atos do governo^{6 7}.

O período compreendido entre o final do século XIX e início do século XX presenciou a aceleração da velocidade da produção de fatos políticos que alteraram os ciclos constitucionais, abalando e transformando os fundamentos do então Estado Liberal de Direito, exigindo a transformação do Estado-Mínimo em Estado-Assistencialista, guardião de níveis médios do bem estar dos cidadãos. Carlos Blanco de Moraes vai apontar que, em um curto espaço de tempo, ocorreu o desmoronamento trágico dos impérios centrais e a transformação das missões do Estado com a irrupção de novas ideologias e novas formas de poder, minando o Estado Liberal que restou transformado por fatores de ordem político-econômica, social e ideológica⁸.

156).

5 NOVAIS, 2013, p. 79.

6 Jorge Miranda chega a afirmar que nos “séculos XVIII e XIX diz-se-ia existir somente uma concepção de direitos fundamentais, a liberal. Não obstante as críticas – legitimistas, socialistas, católicas – era o liberalismo (então, cumulativamente filosófico, político e econômico) que prevalecia em todas as Constituições e declarações”. (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. 5ª ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 31)

7 Também Carl Schmitt afirma que “*los derechos fundamentales en sentido próprio son, esencialmente, derechos del hombre individual livre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado*”. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982, p. 170).

8 MORAIS, Carlos Blanco. **Curso de direito constitucional**: teoria da constituição em tempo de crise do estado social. 1ª ed. Tomo II. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2014(B), p. 113.

Se, no Estado de Direito Liberal do século XVIII, os direitos fundamentais guardavam relação direta e precípua com os *direitos de liberdade*, a lógica do Estado de Direito Social, que agora estava a emergir, exigia dos direitos fundamentais a preocupação com os *direitos de igualdade*, capazes de assegurar ao cidadão as condições mínimas de proteção ao trabalho e acesso material para beneficiar de prestações atinentes à saúde, educação, segurança social e habitação digna⁹. O fim já não é a proteção do indivíduo considerado em sua singularidade, mas a proteção de bens de interesse e acessíveis igualmente por todos os indivíduos, formuláveis para atender carências e requerimentos determinados pelas desigualdades resultantes das relações sociais¹⁰.

A lógica agora não é exigir do Estado uma posição de abstenção, de mínima intervenção e respeito aos direitos individuais, mas impor ao Estado obrigações positivas para a criação de condições de igualdade e promoção dos

9 Não importa para o fim que se busca com a presente introdução discorrer ou mesmo fazer qualquer referência à lógica dos regimes nacionalistas-autocráticos instalados precipuamente na Alemanha, na Itália ou na Rússia, na primeira metade do século XX, pois não conferimos a tais regimes o status de governos democráticos. Conforme Reis Novais, as tentativas fascista, nacional-socialista e a revolução soviética afetaram, na radicalidade de seu projeto, a própria subsistência do Estado do Direito. (NOVAIS, 2013, p. 179).

10 SANCHIS, Luís Prieto. **Los derechos sociales como derechos fundamentales**. I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Alicante, maio/2016. p. 9. Disponível em: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>, acesso em 04-03-2017.

“novos direitos”¹¹, dos direitos sociais¹².

A Constituição Portuguesa de 1933, *aprovada mediante um processo autocrático, através de uma forma plebiscitária*, pode ser definida como uma Constituição Programática, na medida que positivou um conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais em normas não exequíveis por si próprias¹³. Pode ela ser tomada como modelo de Constituição de um Estado de Direito Social.

Entretanto, a simples consignação, nos textos constitucionais, da previsão abstrata dos direitos sociais não bastava. Para além de uma deficiência na efetiva implantação dos chamados *novos direitos*, havia uma profunda crise de interpretação do real significado da incorporação dos direitos sociais às Constituições, com a compreensão no sentido de que referidas normas não possuíam justiciabilidade e, assim, representavam meros objetivos a serem alcançados, na medida da compreensão do pensamento político detentor do poder.

11 A expressão também é apresentada por Carlos Blanco de Moraes quando expressa que “*Esses novos direitos seditam-se em princípios e regras que comentem ao Estado obrigações legais, financeiras, administrativas e materiais no sentido da criação objetiva de condições para que os cidadãos possa beneficiar de prestações sociais positivas em domínios como os direitos dos trabalhadores, o direito à saúde, o direito à segurança social, o direito a uma habitação condigna e o direito a um sistema público de educação*”. (MORAIS, 2014(B), p. 117).

12 Conforme Luísa Cristina Pinto e Netto, essa transição histórica, que levou à construção do chamado Estado Social, impactou diretamente a compreensão dos direitos fundamentais, com a gradativa consagração dos direitos sociais como direito fundamental, a generalização dos direitos políticos e a interpretação dos direitos de liberdade igualmente pelo prisma da socialidade. Para além disso, inaugurou uma nova lógica no relacionamento entre o Estado e os indivíduos reclamando uma atuação estatal conformadora (NETTO, Luísa Cristina e. Por uma compreensão sistêmica e unitária dos direitos fundamentais. *In* NEVES, Helena Telino; Fiuza, Ricardo Arnaldo Malheiros (Org.). **Direito constitucional em homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 264-265).

13 As palavras são de Carlos Blanco de Moraes, que prossegue para dizer que, em Portugal, somente no ano de 1969, com o governo de Marcello Caetano, as primícias do Estado Social restariam verdadeiramente criadas. (MORAIS, 2014(B), p. 169)

Havia a noção da norma como meramente programática, de aplicação diferida, sem possibilidade de invocação ou exigibilidade imediata por parte do cidadão, tendo como destinatário primeiro o legislador, a quem compete decidir, com critérios de conveniência e oportunidade, o momento e a extensão da implementação gradual do programa¹⁴.

Com o fim da segunda grande guerra, há uma nova viragem na compreensão das funções e força da Constituição no âmbito do Estado de Direito. No constitucionalismo do segundo pós-guerra, os direitos fundamentais passam a ocupar posição de destaque, com distinta preocupação com a intangibilidade da dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo de uma sociedade¹⁵, tal como consignado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. E, especialmente, os direitos fundamentais sociais passam a ocupar local de particular importância, pois incorporados às constituições não mais sob a forma de meros programas ou intencionalidades, mas como verdadeiros

14 É esse entendimento que faz, por exemplo, Maria Helena Diniz dizer, em 1992, após elencar dispositivos da CF/88, que as normas programáticas limitam-se a alcançar preceitos a serem cumpridos pelo Estado, como “*programas das respectivas atividades, pretendendo unicamente a consecussão dos fins sociais pelo Estado*” (DINIZ. Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 104

15 Nas palavras de Dalmo Dallari: “*A segunda guerra mundial, iniciada em 1939 e encerrada em 1945, depois de praticada contra seres humanos, com brutal intensidade, uma variedade de violências jamais antes imaginada, teve o efeito de despertar a consciência de grande parte da humanidade para a impossibilidade de haver paz e de ser propiciado, aos indivíduos e aos povos, o gozo tranquilo dos benefícios proporcionados pelos avanços científicos e tecnológicos sem o reconhecimento da pessoa humana como o primeiro dos valores... Humanismo, em lugar do individualismo, dignidade da pessoa humana, em lugar do patrimonialismo, a Constituição como norma jurídica superior, igual para todos e instrumento de afirmação e garantia dos direitos fundamentais.*” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140-141).

vetores de formação e conformação da totalidade das ações públicas.

Objetivamente, na ideia de Estado Democrático de Direito, compreendida na segunda metade do século XX, a estrutura do Estado passa a assentar-se nos fundamentos do **Estado de Direito**, assim compreendido como o local de exercício do poder limitado pela lei; do **princípio democrático** que, na fórmula de Lincon, pode ser resumido como “o governo do povo, pelo povo e para o povo”, e, na fórmula de Popper, como técnica de seleção e destituição pacífica de dirigentes¹⁶; e na **defesa, proteção e prestação dos direitos fundamentais**¹⁷.

Há, na noção de Estado Democrático de Direito, uma circularidade onde Estado de Direito¹⁸, princípio democrático e direitos fundamentais figuram cada um, recíproca e conjuntamente, como suporte da existência do outro. Vale dizer que, no Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo e respectivamente, *império da lei, democracia e direitos fundamentais*, atuam como condição e são reciprocamente condicionados um pelo outro. Resta como impensável o império da lei (Estado de Direito), sem a democracia¹⁹ como modo de acesso (e decesso) ao exercício do

16 A referência específica às fórmulas de *Lincon* e de *Popper* podem ser encontradas na lição de José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 287 e 291).

17 Essa tripartição de deveres (respeito, defesa e prestação) foi desenvolvida e consagrada, no plano do Direito Internacional dos direitos humanos, pelo Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especialmente nos Comentários gerais nº 3 e 12 de 1990 e 1999, respectivamente.

18 Estado de Direito não no sentido meramente formal, como “governo das leis”, mas igualmente no sentido material, como ordenação livre da comunidade política onde *além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências estatais, encontram-se reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais* (SALERT, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 59).

19 Jorge Miranda leciona que *Democracia e Estado de Direito* não se confundem, apontando a existência histórica de Democracia sem Estado de Direito (jacobina, casarista, soviética e

poder, e sem a defesa, proteção e promoção dos direitos fundamentais. A democracia pressupõe a garantia intransigente dos direitos fundamentais (liberdade e igualdade) e a vinculação do exercício do poder às limitações da lei. E, por fim, os direitos fundamentais somente encontram verdadeira guarida e condição de existência quando há o império da lei e a mais ampla e efetiva possibilidade de participação da pessoa no exercício do poder.

Se, no Estado Liberal do século XVIII, a promoção dos *direitos de liberdade* serviu de condição para a realização dos pressupostos da limitação do poder, não intervenção na esfera das relações privadas e promoção da individualidade²⁰; no Estado Democrático de Direito, da segunda metade do século XX, são os direitos relacionados à *igualdade material*²¹ que se sobrepõem como condição de existência deste mesmo Estado, máxime em países recém-saídos de regimes autoritários, economicamente subdesenvolvidos, que não conheceram o

ateniense); e Estado de Direito sem Democracia (Alemanha do século XIX). *Mas a democracia representativa postula o Estado de Direito. Postula-o por sua complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência. Postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito ao sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos a serviço da autonomia e da realização das pessoas* (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Estrutura constitucional da democracia. Tomo VII. 2007, p. 68).

20 Dalmo Dallari aponta como evidente um individualismo implícito na teoria civilista, o que influencia de modo decisivo na concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana como direitos individuais, com existência autônoma para cada indivíduo, sem levar em conta o direito do outro indivíduo e sem admitir qualquer restrição ou dependência em relação aos outros direitos individuais, com a absoluta exclusão da ideia de solidariedade natural, decorrente da natureza associativa da pessoa humana e do fato inevitável de que todos os direitos individuais são gozados em sociedade (DALLARI, 2010, p. 104-105).

21 “*Por las mismas razones, los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o substancial, esto é, como derechos, no a defender-se ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar un regimen jurídico específico en atención precisamente a una desigualdade de hecho que trata de ser limitada o superada* (SANCHIS, 2016, p. 9)

intermédio Estado Social²² do final do século XIX.

É em atenção a essa nova realidade posta e imposta pelo Estado Democrático de Direito que Gilmar Mendes e Paulo Gonet vão afirmar que, para o constitucionalismo atual, *todas as normas* constitucionais são executáveis por si mesmas, até o limite onde possam sê-las²³.

Partindo desta compreensão, o presente ensaio pretende abordar, especificamente, o direito social à saúde, no âmbito do Estado Democrático de Direito, à luz dos debates travados nos encontros acadêmicos ao longo do ano letivo 2014/2014, no curso de Mestrado Científico, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, especialmente nos encontros mediados pelos Professores Doutores Carlos Blanco de Moraes, Luís Pereira Coutinho, Rui Guerra da Fonseca e Margarida Salema D'Oliveira Martins.

A escolha da temática relativa à efetivação do direito à saúde, enquanto direito fundamental social, dentro do Estado Democrático de Direito, deve-se, em especial, à relevância e atualidade do assunto, tanto no direito brasileiro, como no direito português. No direito brasileiro, diante da crítica endereçada ao

22 Lênio Luiz Streck é incisivo ao afirmar que no Brasil não houve um Estado Social, chegando a dizer que o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador foi especialmente pródigo apenas para a elites (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 27-28) e prossegue para afirmar que, em mais de cinco séculos de existência, a sociedade brasileira produziu pouca democracia e muita miséria geradora de violências institucionais e sociais (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo, 2014(B), p. 100). E o mesmo pode ser dito com relação aos povos saídos (ou em tentativa de sair) de uma situação de dominação colonial ou imperialista ao longo do século XX.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

Poder Judiciário pela chamada judicialização das políticas públicas e consequente quebra do princípio da separação dos poderes²⁴; em Portugal, diante das discussões decorrentes da chamada jurisprudência da crise, onde o Tribunal Constitucional Português restou convocado a decidir sobre os limites constitucionais de medidas governamentais restritivas de direitos sociais, adotadas para afastar a situação de crise econômico-financeira, notadamente a partir do ano de 2009.

No cerne da abordagem estará sempre a tensão entre o princípio democrático²⁵ e o constitucionalismo, este aqui compreendido como uma trincheira contramajoritária de defesa dos direitos fundamentais e intransigente manutenção da separação de poderes; bem como os limites da interpretação do texto constitucional enquanto sistema de regras e princípios.

Pela necessária delimitação da abordagem, o presente ensaio buscará: *a)* sustentar a força normativa do texto constitucional e as implicações decorrentes da imbricação entre o político e o jurídico, bem como apontar os principais **textos** normativos (constitucional e infraconstitucionais federais) que emprestam densidade ao direito à saúde no Brasil; *b)* analisar a **norma** constitucional definidora do direito social à saúde e o seu enquadramento enquanto

24 Apenas a título de ilustração, os dados publicados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), revelam que em junho/2014 tramitavam 392.921 ações de saúde no país, sendo 62.291 na Justiça Federal e 330.630 na Justiça Estadual (113.953 ações – 35% - tramitavam na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul). Dados em publicação eletrônica disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>, acesso em 18-05-2017.

25 Conforme Carlos Blanco de Moraes, o princípio democrático: *a)* exprime-se através da democracia representativa e, subsidiariamente, da democracia referendária; *b)* é o fundamento do regime político e da legitimidade do exercício do poder; *c)* aponta para o monopólio partidário; *d)* deve preservar a proporcionalidade na conversão dos votos em mandatos; e *e)* importa a adoção do critério da maioria no processo de tomada de decisões. (MORAIS, 2014(B), p. 505 e seg.).

direito social fundamental; c) afirmar a existência de um direito subjetivo às prestações na área da saúde e as conseqüentes implicações desse reconhecimento com o *mínimo existencial* e com a *reserva do possível*; d) distinguir as demandas relativas às prestações no âmbito do direito à saúde e identificar e apontar eventuais faltas ou omissões administrativas, para, por fim, apresentar conclusões que pretendem contribuir para a redução da judicialização da saúde.

2- A Constituição enquanto norma jurídica

A compreensão da força vinculante da Constituição, enquanto norma de direito, exige a remissão, ainda que breve e superficial, a dois célebres debates doutrinários que marcaram, de forma indelével, os rumos do pensamento jurídico atual acerca do tema.

A primeira referência diz com o debate travado entre Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, debate esse mediado pelo intervalo de quase um século, uma vez que foi em 16 de abril de 1862 que Ferdinand Lassalle, na palestra proferida na Associação Liberal-Progressista de Berlin, sobre a essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*), apresentou a noção de *Constituição real*, como sendo a expressão dos fatores de poder que operam em uma sociedade (poder militar, representado pelas forças armadas; poder social, identificado nos latifúndios; poder econômico, ligado à grande indústria e ao grande capital; poder intelectual, ligado à consciência e à cultura em geral). Essa noção de *Constituição real* contrapor-se-ia à compreensão de uma *Constituição* meramente *formal*, que não passaria de um pedaço de papel, sem força para condicionar a realidade. Para Lassalle, as questões constitucionais seriam primordialmente questões de poder e não questões jurídicas, sendo a Constituição de um país “a soma dos fatores reais que regem o poder nesse mesmo país”²⁶.

26 “Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito, mas sim de poder: a verdadeira Constituição de um país apenas reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem neste país; e as constituições escritas não têm valor nem são duradouras, mas que quando expressam fielmente tais fatores de poder imperantes na realidade social: daí os critérios fundamentais que vocês devem reter” (LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. São Paulo: Pillares, 2015, p. 93-94).

A posição defendida por Lassalle acabava por sintetizar o ideário de Constituição vigente no século XIX, sendo compreendida como um simples documento destituído de eficácia como norma jurídica superior, restando limitada à definição formal do sistema político, à enumeração das instituições de governo e à disciplina jurídica do funcionamento do setor público e, no âmbito dos direitos humanos, à simples posição de manifesto ou, na melhor das hipóteses, de compromisso ético e não norma jurídica fundamental de um povo²⁷.

É por essa razão que Lassalle vai afirmar que todo país sempre teve, em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e verdadeira, sendo que o específico da era moderna é a Constituição escrita em folhas de papel²⁸. E, essa constituição “folha de papel”, somente se sustenta enquanto representar fielmente as instituições e princípios de governo vigentes no país. “*De nada serve o que se escreve em uma folha de papel, se não se ajusta à realidade, aos fatores reais de poder*”²⁹.

Já Konrad Hesse, em 1959, na palestra proferida como aula inaugural na Universidade de Freiburg (RFA – República Federal da Alemanha), afirmando uma dimensão jurídica e vinculante da Constituição, capaz de ordenar e conformar a realidade política e social, defendeu o que denominou de *Constituição Jurídica*³⁰.

27 DALLARI, 2010, p. 136.

28 LASSALE, 2015, p. 65.

29 LASSALE, 2015, p. 88.

30 O conteúdo da palestra restou condensado na obra *A força normativa da Constituição* e, aqui, toma-se por base a tradução de Gilmar Mendes (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991).

Segundo Konrad Hesse, a Constituição é determinada e, ao mesmo tempo, determinante da realidade social e, assim, não podem ser simplesmente separadas ou confundidas a força determinante da sociedade e a normatividade da Constituição³¹. A Constituição não possui uma existência autônoma em face da realidade, mas é da sua essência a pretensão de eficácia de ver concretizada na realidade o que por ela é regulado. E essa pretensão de eficácia da norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização³².

Ancorando-se em Hans Kelsen, Konrad Hesse socorre-se da distinção entre os planos do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*) para afirmar a dimensão jurídica e vinculante da Constituição face à realidade social³³. Assim, a Constituição não expressaria apenas o *que é*, mas também o *que deve ser*, o *por vir*.

Discorrendo sobre o pensamento de Konrad Hesse, Carlos Blanco de Moraes pontua como tarefas essenciais da Lei Fundamental, enquanto norma: a) a função de *integração*, a operar como catalisador da adesão a um projeto de unidade política em uma sociedade pluralista; b) a função de *organização*, traduzida na normatização da estrutura institucional do Estado e do cumprimento de suas tarefas; e c) a função de *direção jurídica*, consistente na tarefa de cânones ou princípios reitores da ordem jurídica, sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais, dotando-os de força vinculante para a totalidade do ordenamento e garantindo o caráter moralmente justo.³⁴

31 HESSE, 1991, p. 3.

32 HESSE, 1991, p. 7.

33 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8.

34 MORAIS, 2014(B), p. 346-347.

O segundo, e talvez mais importante, debate acerca da compreensão da força normativa da Constituição foi travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, que, na década de 30, do século XX, disputavam acerca de quem seria o legítimo intérprete da Constituição. De Carl Schmitt, “Der Hüter der Verfassung” (O Guarda [defensor] da Constituição), e, de Hans Kelsen, “Wen Soll der Hüter der Verfassung sein?” (Quem deve ser o defensor da Constituição)³⁵. Schmitt, com sua teoria material, afirmando, com um sentido de existencialidade, que “algo vale quando existe e porque existe”. Kelsen, com sua teoria formal-normativa, sustentando que “algo vale, quando vale e porque vale”³⁶.

Na defesa de uma concepção material da Constituição, Carl Schmitt diferenciava *Constituição e lei constitucional*³⁷, sendo aquela a unidade essencial de existência, integridade e segurança que a decisão política fundamental exprime³⁸, não se dissolvendo ela em um conjunto de leis constitucionais. Para Schmitt, o político prepondera sobre o jurídico e, assim, resta afastada qualquer possibilidade de resolver conflitos constitucionais entre poderes por uma Corte Constitucional³⁹.

Já Kelsen, defensor da concepção positivo-normativa da

35 AMARAL, Maria Lúcia. Revisitar Carl Schmitt: a defesa da Constituição. In. MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). **Carl Schmitt Revisitado**. Lisboa, ICJP, 2014, p. 140.

36 Bonavides, Paulo. **Curso de direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 106.

37 Carlos Blanco de Moraes, referindo-se ao pensamento de Schmitt refere que “A *Constituição define-se como decisão política fundamental na medida em que exprime a essência da autoridade e da vontade política fundadora de uma ordem estadual, enquanto a lei constitucional constituiria um texto formal, uma norma jurídica de hierarquia superior criada por força da mesma Constituição*” (MORAIS, Carlos Blanco. **Decisão, decisores e decisionismo**. In MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). **Carl Schmitt Revisitado**. Lisboa, ICJP, 2014, p. 140.

38 BONAVIDES, 2015, p. 105

39 BONAVIDADES, 2015, p. 105.

Constituição, identificava a Constituição como a lei fundamental do Estado, cimeira de todo o ordenamento jurídico, com uma específica função política de estabelecer limites ao exercício do poder. Para Kelsen, Estado e Direito são uma mesma categoria de ordenação normativa e, assim, o Estado é, essencialmente, uma ordem jurídica⁴⁰. Como a função política da Constituição, enquanto norma fundamental, é estabelecer limites ao exercício do Poder, a interpretação última da Constituição deve competir a um Tribunal Constitucional e não ao Poder Político, sob pena de o controlado controlar o controlador, tornando-se juiz em causa própria⁴¹.

Assim, enquanto aquele sustentava que o conflito de interpretação da Constituição deveria ser realizado pelo poder político⁴²; este atribuía a um Tribunal Constitucional (por consequência, ao poder jurídico) a legitimidade para interpretar e resolver conflito de interpretação da Constituição⁴³, bem como o poder para fiscalizar e sancionar os atos de violação de tal norma⁴⁴.

40 BONAVIDES, 2015, P. 177

41 *“uma vez que nos casos mais importantes de violação constitucional, Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição dividiu essencialmente entre Parlamento e governo.”* In. KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275.

42 *“A Constituição – unidade política – se caracteriza, na acepção de Schmitt, por seu profundo valor existencial. Ao culto da norma, contrapõe ele o culto do fato, às regras formais os valores existenciais. O político prepondera sobre o jurídico, de tal forma e com tamanha extensão, que após haver distinguido os conceitos de Constituição e Lei Constitucional, Schmitt afasta toda a possibilidade de resolver os conflitos constitucionais entre os poderes por uma Corte Constitucional.”* (BONAVIDES, 2015, p. 105)

43 Nas palavras de José Melo Alexandrino, “o Tribunal Constitucional é obra de Kelsen, o teórico do positivismo jurídico que foi o primeiro a compreender que o poder legislativo se podia afinal submeter ao Direito, em virtude da ideia de estrutura escalonada da ordem jurídica, em cujo vértice está a Constituição” (ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de direito constitucional**. Vol. 1. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 207).

44 AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república**. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 79.

Na sequência ao segundo pós-guerra, a realidade dos países democráticos parece ter emprestado preferência ao modelo idealizado por Kelsen, diante da disseminação de Tribunais Constitucionais incumbidos, pelas Constituições dos Estados, da missão de ser o intérprete da norma constitucional⁴⁵. Assim, a opção adotada nos Estados Constitucionais seguiu a compreensão da *Constituição* como norma, com a sua defesa última atribuída a um julgamento jurídico, perante um Tribunal Constitucional.

Quanto ao aqui explanado, faz-se necessária a observação apresentada por José Melo Alexandrino quando apresenta a chamada classificação ontológica das constituições, de Karl Loewenstein. Classificação esta que toma por base “a concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder”. Karl Loewenstein, ao classificar as Constituições em normativa, nominal e semântica, relaciona a *Constituição normativa* aos regimes democráticos, pois nestes a Constituição efetivamente limita o poder político e garante os direitos fundamentais dos cidadãos. Quanto às constituições nominais e semânticas, o autor relaciona-as como próprias dos regimes autoritários (ou de transição) e não democráticos, respectivamente⁴⁶.

45 Maria Lúcia Amaral, fazendo referência a dados fornecidos pela Comissão de Veneza, contabiliza mais de cem Estados, espalhados pelos cinco continentes, que contam nos seus ordenamentos internos com uma qualquer forma de exercício de justiça constitucional, atribuída a uma jurisdição à qual é dado o mesmo nome. (Comissão de Veneza é o nome pelo qual resta designada a *Comissão Europeia para a Democracia através do Direito que é um órgão consultivo do Conselho da Europa, constituído em 1990 por decisão tomada à altura por dezoito Estados-membros, com a finalidade específica de prestar aconselhamento em matéria jurídico-constitucionais. Hoje conta com mais de cinquenta membros, estaduais e individuais. Veja-se www.venice.coe.int/) (AMARAL, 2014, p. 135).*

46 ALEXANDRINO, 2015, p. 183.

Nas palavras de Loewenstein, citadas por José Melo Alexandrino⁴⁷:

a) *Constituição normativa é aquela cujas normas regulam efetivamente o processo político e em que o processo político se ajusta ele próprio a essas normas. Numa comparação, a Constituição é como um fato que serve e é efectivamente usado.*

b) *Constituição nominal é aquela que não consegue regular o processo político, ficando sem realidade existencial, por falta de correspondência na prática política. Dir-se-ia aqui que a Constituição é como um fato que por enquanto está no armário, para ser usado quando o corpo político nacional crescer.*

c) *Constituição semântica é aquela cuja realidade ontológica não é senão a formalização da situação do poder político existente em benefício exclusivo dos detentores de facto do poder que dominam a máquina de coacção do Estado.*

Assim, é somente a Constituição normativa que se coaduna à ideia do Estado Democrático de Direito⁴⁸.

Como atrás já sustentado, vem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a vinculação da noção de Constituição à separação de poderes e à garantia dos direitos⁴⁹; mas é no *Estado Democrático de Direito* (ou,

47 ALEXANDRINO, 2015, p. 184-185.

48 Talvez por isso, Lênio Luiz Streck vá dizer que alinha-se aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, que reforçam a Constituição como norma (força normativa) (STRECK, 2014(B), p. 91-92).

49 Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, Artigo 16º- *Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.* Na redação em francês: "Toute Société dans laquelle la

na redação emprestada pela Constituição da República Portuguesa, *Estado de Direito Democrático*) que essa *limitação do poder e garantia* (defesa, proteção, promoção) *dos direitos fundamentais* avultam-se em importância. Este parece ser o principal papel de uma Constituição no atual momento histórico para os Estados Democráticos de Direito.

Hodiernamente, o Estado só se concebe enquanto *Estado Constitucional*⁵⁰, com as qualidades de *Estado de Direito* e *Estado Democrático*, onde o poder é exercido por representação (vale dizer, não no interesse próprio do mandatário, mas sim no interesse do titular do poder, ou seja, do povo); é limitado pela lei; e assenta, na defesa dos direitos fundamentais, a intangibilidade da dignidade humana como valor maior da sociedade.

Como premissa maior para uma concepção contemporânea de Constituição rígida, Carlos Blanco de Moraes⁵¹ apresenta o postulado no sentido de que *Constituição é lei, na medida em que suas normas vinculam os demais atos jurídico-normativos e que tal vinculatividade é salvaguardada pelos tribunais*. Para o autor, a Constituição é direito posto (ou decidido) através de um ato constituinte fundado na vontade soberana do povo e, assim, não pode ser definida como uma simples *Carta de Valores*, mas sim como um conjunto de normas jurídicas cujos bens e interesses que tutelam podem ou não representar valores.

Em sentido um tanto diverso, José Joaquim Gomes Canotilho

garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”.

50 CANOTILHO, 2003. p. 92.

51 MORAIS, 2014(B), p. 413-414.

apresenta, como ponto de partida, a compreensão da Constituição como um *sistema normativo aberto de regras e princípios* e esclarece: a) é um sistema jurídico, porque é um sistema dinâmico de normas; b) é um sistema aberto, porque possui uma estrutura dialógica, com capacidade de 'aprendizagem' das normas para captarem a alteração da realidade e 'abertura' para as concepções cambiantes da 'verdade'; c) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas é feita através de normas; e d) é um sistema de regras e princípios porque suas normas revelam-se sob a forma de regras ou sob a forma de princípios⁵².

A *Constituição*, enquanto lei cimeira do ordenamento jurídico do Estado (tal como definida por Hans Kelsen), limita o exercício do poder, mas não apenas isso. No Estado Democrático de Direito a *Constituição* vincula o exercício do poder e, por assim dizer, a própria intencionalidade no processo de tomada de decisão⁵³.

Ao vincular a intencionalidade do processo de tomada de decisão, a *Constituição* estabelece, no seu conjunto de regras e princípios, o fim de toda ação política ou jurídica, buscando conformar e transformar a realidade social. E vale a observação apresentada por J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que a força normativa da *Constituição* significa que a *Constituição* é lei e como tal deve ser

52 CANOTILHO, 2003, p. 1159.

53 Conforme Dalmo Dallari, *além de reafirmar o papel do Estado como garantidor do respeito aos direitos, o novo constitucionalismo estabeleceu como obrigação jurídica dos Estados, não somente cética e política, promover os direitos, no sentido de atuar visando a criação de condições reais para que todos possam gozar dos direitos fundamentais, que assim têm efetividade para todos, deixando de ser privilégio de um setor minoritário da sociedade, dotado do poder de gozar dos direitos* (DALLARI, 2010, p. 147).

aplicada⁵⁴, distinguindo-se, entretanto, das demais leis, pelo caráter aberto de muitas de suas normas, que obrigam à mediação criativa e concretizadora dos seus intérpretes, em particular, pelo legislador e pelos tribunais⁵⁵. Também é de J. J. Gomes Canotilho a assertiva segundo a qual a constituição assume-se e é reconhecida como “direito superior”, como lei “superior”, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. *Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental – a limitação do poder*⁵⁶.

Por consequência, se a Constituição é norma, sua interpretação reclama uma racionalidade jurídica e um julgamento igualmente jurídico, o qual é conferido, em última instância, nos Estados democráticos atuais, aos Tribunais Constitucionais⁵⁷. Daí a razão de apresentar-se a *Constituição* como sendo o estatuto jurídico do político, com força vinculativa, diretiva e limitativa do exercício do poder.

Nas palavras de Dalmo Dallari, muito mais que normas declaratórias

54 CANOTILHO, 2003, p. 1150.

55 Conforme Jorge Reis Novais, “se tratamos da vinculação dos poderes constituídos relativamente a normas e princípios constitucionais consagrados, tratamos, conseqüentemente de assegurar a força da Constituição enquanto norma jurídica: isso significa, em Estado de Direito, remeter a última palavra para os tribunais e, no caso, para a jurisdição constitucional, por mais controversa e sempre em aberto que esteja a questão dos limites funcionais da justiça constitucional (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 40).

56 CANOTILHO, 2003, p. 1440.

57 Segue-se, assim, a lição de Carlos Blanco de Moraes quando define a Constituição em sentido 'ideal', no Estado Democrático de Direito, como *norma criada mediante uma decisão fundamental imputada ao povo que define as tarefas do Estado, estrutura o sistema jurídico e opera como estatuto organizador do poder político e da sua limitação, a qual é assegurada pela separação dos poderes, pela garantia dos direitos fundamentais das pessoas e pela representação democrática dos cidadãos no exercício dos poderes* (MORAIS, 2014(B), p. 420).

ou programáticas, as normas constitucionais passam a ser aplicadas como normas jurídicas, dotadas de plena eficácia e, portanto, de obediência obrigatória para todos, inclusive para os Estados, os governantes e todos os integrantes do aparato político e administrativo, sem qualquer exceção⁵⁸.

Assim, a compreensão da *Constituição* como um conjunto normativo de regras e princípios jurídicos, conformadora e vinculativa de toda a atividade do Estado, é a única possível no Estado de Direito Democrático e é o que brota do disposto nos números 2 e 3 do art. 3º da Constituição da República Portuguesa (CRP)⁵⁹ e do parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88)⁶⁰.

58 DALLARI, 2010, p. 147.

59 Art. 3º.

2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.

3. A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

60 Art. 1º

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

3- Os direitos fundamentais e a norma constitucional relativa ao direito à saúde

Direitos fundamentais são aqueles valores maiores, reconhecidos como inerentes à condição da pessoa humana e que restaram incorporados ao texto das Constituições modernas, adquirindo, assim, normatividade jurídica. Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, a natureza “fundamental” dos direitos decorre do seu reconhecimento constitucional⁶¹. No mesmo sentido, Paulo Bonavides apresenta que os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais⁶².

A opção política da inclusão dos direitos reconhecidos como inerentes à pessoa humana, no texto da Constituição, possui consequências jurídicas relevantes. A considerar a força normativa da Constituição⁶³ (a Constituição como regra de *dever ser*) decorre, da inclusão dos direitos fundamentais ao texto constitucional, a necessidade do reconhecimento, da interpretação e da aplicação da norma *jusfundamental* como norma dotada de particular hierarquia, colocada no cume das fontes do direito⁶⁴, dotada, por vezes, de proteção reforçada inclusive

61 MORAIS, 2014(B), p. 551.

62 Assim, em Paulo Bonavides, em referência a Konrad Hesse (BONAVIDES, 2015, p. 574).

63 “Segundo a compreensão da força normativa da constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental” (CANOTILHO, 2003, p. 1226).

64 A referir-se aos direitos fundamentais, J.J. Gomes Canotilho sustenta que “é necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os <direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política>, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 377).

contra o poder constitucional derivado⁶⁵, vale dizer, contra o poder de reforma da própria Constituição.

O próprio reconhecimento de um direito como fundamental traz consigo a atribuição de um conteúdo mínimo indissociável, com a correspondente imposição de deveres de cumprimento progressivo, não regressividade e proibição de não discriminação odiosa⁶⁶.

Luiz Roberto Barroso⁶⁷ ressalta como consequências do reconhecimento do caráter normativo das Constituições: a) *a sua aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à promoção e proteção dos direitos fundamentais*; b) *a posição como parâmetro de validade de todas as demais normas do sistema*; e c) *a identificação que seus valores e fins devem nortear a interpretação e aplicação de todas as normas, pautando a argumentação jurídica*.

Não é por outra razão que Robert Alexy apresenta, como ideia-guia, a formulação segundo a qual os direitos fundamentais são posições de tamanha importância que a decisão entre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples⁶⁸.

65 Para nós, conforme a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, § 4º, IV, CF, incluem os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos) (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 135).

66 PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías**: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007, P. 81.

67 BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

68 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

Em sentido diverso, Carlos Blanco de Moraes sustenta a impropriedade da constitucionalização de políticas públicas⁶⁹, vale dizer, da incorporação de direitos sociais aos textos constitucionais, uma vez que tais direitos reclamam concretização gradual, na medida das possibilidades do Estado.

Entretanto, os textos das constituições democráticas atuais acabaram por trilhar sentido diverso, trazendo para o seu interior a normatização não apenas dos direitos de liberdade, mas igualmente dos direitos sociais, quer sob a forma de princípios, quer sob a roupagem de verdadeira regra.

Através do processo de interpretação do texto normativo de direito fundamental restará extraída a norma *jusfundamental* que, por sua estrutura e considerando o caso em concreto, poderá ser definida como regra ou como princípio⁷⁰, ou seja, como um comando definitivo ou como um mandamento ou comando de otimização, realizável na maior medida do possível⁷¹.

São Paulo: Malheiros, 2015, p. 446.

69 “*Numa Constituição democrática, as tarefas do Estado social não deveriam envolver, como envolvem na Constituição de 1976 (fazendo referência à Constituição Portuguesa) a constitucionalização das próprias políticas públicas. As referidas tarefas devem constar de mandatos normativos com uma densidade reguladora de nível baixo ou médio que, orientando o legislador para metas estruturantes, facultem ao mesmo poder democraticamente eleito, a liberdade adequada para as conceber e implantar.*” (MORAIS, 2014(B), p. 433)

70 Volto aqui os olhos para a compreensão de Humberto Ávila, quando afirma que o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo e não da estrutura hipotética da norma. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 34-35).

71 ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 1ª ed. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisnono, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 5.

E mesmo Carlos Blanco de Moraes, que não reconhece uma idêntica natureza deôntica entre regras e princípios, afirma a justiciabilidade dos princípios em decorrência do seu poder vinculante sobre o direito infraconstitucional⁷².

Ingo Sarlet⁷³ aponta que, conforme a terminologia adotada pela Constituição Federal Brasileira, os direitos e garantias fundamentais são apresentados como gênero, do qual: a) os direitos e deveres individuais e coletivos, b) os direitos sociais, c) os direitos de nacionalidade e d) os direitos políticos figuram como espécies. Segundo tal óptica, resta bastante reduzido, ou até mesmo pode-se afirmar inexistente, qualquer espaço para, no direito brasileiro, a desqualificação dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, ou para uma alegada subordinação ou diferença de justiciabilidade dentre os direitos sociais e os direitos de liberdade, nacionalidade ou políticos.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que a atual Constituição Brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos fundamentais de liberdade (previstos no Capítulo I, do Título II), e os direitos sociais (previstos no Capítulo II do Título II).⁷⁴

72 “A generalidade das constituições rígidas da actualidade, e a Constituição Portuguesa de 1976 em particular, são compostas por princípios e regras constitucionais, dispondo uns e outras de poder vinculante sobre o direito infra constitucional... Daí que a juridicidade dos princípios constitua, para a dogmática da Teoria da Constituição, um 'não problema'. Em Portugal, não o é há mais de trinta anos” (MORAIS, 2014(B), p. 433).

73 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 248.

74 MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 647.

Dessarte, no ordenamento positivo brasileiro, o direito à saúde, enquanto direito social, é direito fundamental e, assim, goza de privilegiada hierarquia normativa e reclama a máxima efetivação possível, quer se compreendido como mandamento definitivo (regra), quer como comando de otimização *prima facie* (princípio)⁷⁵.

Embora a grande divergência doutrinária ainda existente em Portugal, em especial no que diz com o regime jurídico atribuível aos direitos sociais, Jorge Reis Novais, com os olhos voltados para o ordenamento jurídico-constitucional português, afirma que os direitos sociais “*são, na ordem jurídica portuguesa, direitos fundamentais e como tal devem ser considerados, isto é, beneficiando do regime e da força normativa que identificam a natureza de um direito fundamental em Estado de Direito: uma garantia jurídica forte, constitucional, imposta à observância de todos os poderes constituídos e subtraída da livre disponibilidade do poder político*”.⁷⁶ E prossegue a ressaltar que quando uma Constituição consagra e reconhece inequivocamente os direitos sociais como direitos fundamentais, a elencar-los, de resto, de forma muito pormenorizada e desenvolvida, toda a discussão sobre a sua controversa natureza jusfundamental perde grande parte do sentido.⁷⁷

Porque a norma definidora do direito social à saúde resta reconhecida e identificada com o *status* de norma constitucional, resta remetido para

75 Utilizo aqui a definição proposta por Humberto Ávila: “*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*” (ÁVILA, 2004, p. 70).

76 NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 10.

77 NOVAIS, 2010, p. 84.

o campo da interpretação a definição e extração do real conteúdo e extensão do direito jusfundamental à saúde. Consequentemente, a ação concreta que poderá o cidadão exigir para a proteção, garantia e promoção do bem juridicamente tutelado, na ausência de uma densificação determinada por legislação infraconstitucional, será conferida a partir da interpretação da própria Constituição, segundo um método jurídico, com a correspondente definição da amplitude do direito subjetivo respectivo.

Sem prejuízo da normatividade e da justiciabilidade afirmadas, é certo que os direitos sociais, como, de resto, todos os demais direitos fundamentais, não são absolutos e, por consequência, mostram-se passíveis de restrição⁷⁸.

A considerar o *status* constitucional dos direitos fundamentais, suas eventuais limitações exigem, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional e somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a própria Constituição⁷⁹. E é o Tribunal Constitucional quem detém a última palavra no controle da constitucionalidade dos *limites aos limites* dos direitos fundamentais.

Sem enfrentar toda a discussão acerca das diversas teorias relativas aos *limites* e aos *limites dos limites* dos direitos fundamentais, basta, para o fim proposto no presente trabalho, a afirmação da possibilidade da restrição e do controle desta restrição pelo Tribunal Constitucional. E, na análise da pertinência material e formal da restrição pretendida, a proporcionalidade é, indiscutivelmente,

78 Para Alexy, o problema não reside na possibilidade da restrição de um direito fundamental, mas sim na definição do conteúdo e extensão dessa restrição (ALEXY, 2015, p. 276).

79 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 332.

um princípio a ser observado.

Como quer Jorge Reis Novais, qualquer restrição a uma posição jurídica protegida e tutelada por uma norma de direito fundamental necessita observar os três elementos que a doutrina tradicionalmente aponta como inerentes ao princípio da proporcionalidade. Assim, a medida restritiva deverá apresentar-se: a) apta para atingir a finalidade visada, vale dizer, *adequada* como meio para a realização do fim; b) a restrição deverá mostrar-se *necessária*, ou seja, imprescindível para o atingimento eficaz da finalidade pretendida; e, por derradeiro, c) a restrição deverá justificar-se diante de um juízo comparativo entre a importância da realização do fim buscado e a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental⁸⁰.

Por conclusão, especialmente no âmbito do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o direito social à saúde qualifica-se como direito fundamental e goza, por força do disposto no art. 5^a, § 1^o, da CF/88, da mesma justiciabilidade dos demais direitos fundamentais de liberdade e garantia, a possibilitar o acesso direto ao judiciário na hipótese de violação ou ameaça de violação. A maior ou menor densidade normativa conferida ao direito não afeta a sua justiciabilidade, mas tão somente pode determinar a extensão do conteúdo concreto da prestação correspondente, que variará conforme as circunstâncias do caso concreto, segundo a lógica da ponderação. E, eventual medida de restrição a direito fundamental reclama pertinência material e formal com a Constituição.

80 NOVAIS, 2006, p. 279-280.

4- A tensão entre o jurídico e o político⁸¹

Política e Direito não se confundem enquanto ciências, cada uma possuindo domínio, objeto e métodos próprios de estudo e de investigação⁸². Entretanto, é certo o contato entre os objetos de estudo das duas ciências e a Constituição parece ser o espaço por excelência de interferência e inter-relação entre esses dois campos do conhecimento, uma vez que no seu âmbito está a arena do conflito direito/poder, racionalidade/força.

A Constituição, ao normatizar o Estado Democrático de Direito, estabelece, vincula e veicula as opções políticas modeladoras da morfologia do Estado, e, concomitantemente, passa a conformar o exercício do poder⁸³. Vale dizer, passa a vincular as opções de atuação de todas as esferas do poder, impondo a intangibilidade de valores como a democracia e o respeito aos direitos humanos, apontando os fins da atividade política e jurídica dos órgãos do Estado. É a Constituição que legitima o exercício do poder, com o registro de que não se trata de redução do Estado à norma, mas sim de limitação do exercício legítimo do poder.

81 Para o fim aqui buscado, importa a definição de política enquanto atividade relativa ao exercício do poder. A política como poder, como atividade, como direção do Estado, como imaginação, como técnica de gestão de alternativas, inclusive de alternativas que ainda não se apresentaram.

82 Maurice Duverger é pontual ao afirmar a inexistência de fronteiras naturais entre os ramos do saber, sendo as classificações estabelecidas por comodidades práticas, quando não por rivalidades universitárias (DUVERGER, Maurice. **Ciência política**. Teoria e método. Rio: Zahar Editores, 1981, p.10).

83 A ideia da autovinculação Estado/Direito vem já de Kelsen quando, tratando do dualismo existente, apresenta o Estado como criador do direito para, na sequência, obrigar-se e atribuir-se direitos a ele próprio. Nas suas palavras: “Assim o Estado é, como entidade metajurídica, como uma espécie de poderoso macro-*ánthropos* ou organismo social, pressuposto do Direito e, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque *lhe* está submetido, é por ele obrigado e recebe direito” (KELSEN, Hanz. **Teoria pura do direito**. 8ª ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 315).

Por isso a sempre lembrada lição no sentido de que a *Constituição confere o limite jurídico do político*.

No Estado Constitucional atual⁸⁴ parece não haver mais espaço para aquele *soberano*⁸⁵ pensado por Hobbes, em meados do Século XVII. Soberano este irresponsável frente aos súditos, senhor da paz e da guerra, juiz das controvérsias, definidor da justiça, titular da prerrogativa; limitado apenas pelas leis da natureza, em especial as atinentes à autopreservação e à salvaguarda da paz e da segurança⁸⁶. E não há espaço porque, na conformação do Estado de Direito Democrático, o exercício do poder (da soberania⁸⁷) não é representacional, mas sim representativo⁸⁸, na exata expressão da fórmula *todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*.

No mundo democrático pós-segunda guerra mundial, o poder passa

84 Estado Constitucional aqui considerado como o regido sob o império da lei, onde o exercício do poder é limitado e é realizado por representação do povo (e para o povo), com a garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana e de seus direitos fundamentais.

85 “O CARGO do soberano (seja ele um monarca ou uma assembléia) consiste no fim para o qual ele foi confiado o poder soberano, nomeadamente a obtenção da segurança do povo, ao qual está obrigado pela lei da natureza e do qual tem de prestar contas a Deus, o autor dessa lei, e a ninguém além dele.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 283)

86 HOBBS, 2003, p. 148-158.

87 Jorge Miranda acaba por encontrar correspondência entre os termos *soberania* e *exercício do poder*, valendo-se da terminologia empregada pela própria Constituição de Portugal, que se vale do primeiro termo nos arts. 1º, 2º, 3º, 110º, 111º, 113º, 116º, 164º, 225º, 227º e 229º; e, do segundo, no art. 108º. Isso sem falar na noção de soberania no plano internacional e no plano interno (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Estrutura constitucional do Estado. v. II. Tomo III, Coimbra: Coimbra, 2014(B), p. 178).

88 Representação postula inidentidade e, na sequência, relação. Redunda ela em um fenômeno de comunicação: *para que governantes apareçam como representantes dos governados tem de haver essa distinção e essa relação*. Representação política não é representação do Estado (MIRANDA, 2007, p. 71).

a ser compreendido como um poder limitado pela lei (não bastando as simples amarras de um impreciso direito natural⁸⁹), e com a compreensão de que a paz e a segurança não se justificam ao preço da ofensa a direitos fundamentais⁹⁰. Como a lei deixa de ser expressão do voluntarismo do soberano, abandonando a condição de mera expressão da força, o exercício do poder passa a ser conformado e limitado normativamente, e a noção de limitação do poder pela lei é incompatível com a ideia do poder soberano como imaginada por Hobbes.

Carlos Blanco de Moraes, ao discorrer sobre as ideologias da interpretação de uma Constituição, pontua-a como questão de poder e afirma que, *soberano será, no Estado democrático contemporâneo, quem proferir a última palavra, tanto na produção material de normas como na sua transformação e cancelamento*⁹¹. Entendemos a real intenção e o contexto no qual o autor redige tal afirmação, mas, para o que importa para o presente trabalho, acrescentaríamos que nem mesmo o interprete último da Constituição pode agir como o soberano

89 É impossível falar em direito natural sem recordar as críticas apresentadas por Alf Ross quando apresenta o direito natural como uma prostituta, sempre a disposição de todos. E ele faz essa afirmação analisando posições teóricas como: a) Carl Ludwig Von Haller, professor suíço de direito constitucional do início do século XIX, que afirmava que “segundo a lei da natureza o forte deve governar o fraco, o marido a mulher, o pai o filho, o chefe os seus homens e o professor os seus alunos”; e b) Thomas Dew, teórico político norte-americano, que declarou: “está ordenado pela natureza e por Deus que o ser que possui a maior capacidade e saber e, portanto, maior poder deverá comandar e dispor sobre aquele que é inferior” e, com base nisso, apoiou instituições como a escravidão nos estados do sul, sustentando que a escravidão assegura os direitos naturais dos escravos e que se a escravidão fosse abolida, os escravos deixariam de gozar seus direitos naturais (ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2ª ed. Tradução de Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2007, p. 303-304).

90 O Prof. Jorge Miranda, em intervenções em seminários e palestras realizadas na faculdade de direito da Universidade de Lisboa, ao longo do ano letivo 2014/2015, referiu, com frequência, que na história recente de Portugal houve período de *paz sem liberdade*; período sem *paz nem liberdade*; e que apenas após a Constituição de 1976 é que o cidadão português vive em um Estado de *paz e liberdade*.

91 MORAIS, 2014(B), p. 689-690.

irresponsável frente ao súdito, uma vez que o decisionismo, o voluntarismo ou a discricionariedade judicial não se amoldam ao modelo do Estado Democrático de Direito.

Aqui a noção de política encontra-se umbilicalmente vinculada à noção de poder e ao exercício desse poder como atividade criativa e como técnica de gestão de alternativas de submissão do caos à ordem. Como esse poder é representativo e é exercido nos limites da Constituição, o governante governa com liberdade de ação, mas limitado à moldura normativa da Constituição.

E tal é assim porque não se concebe, em uma democracia constitucional, a existência de um poder autocrático⁹², este compreendido como um poder livre para tomar *qualquer* decisão sem possibilidade de ser freado por forças *intragovernativas*. A democracia constitucional reside precisamente no conjunto de limites impostos pela *Constituição* a todo exercício do poder, como consequência ao sistema de separação e equilíbrio entre os poderes e da intangibilidade dos direitos fundamentais.

A tensão entre o político e o jurídico, decorrente já do controle jurisdicional de políticas públicas, faz Jorge Silva Sampaio interrogar: o que resta do princípio da separação de poderes?⁹³ Com efeito, se o político encontra-se limitado pelo jurídico, o que limita o jurídico? Uma resposta ao questionamento, poderia partir da compreensão de que o Poder Judiciário, no exercício da função de *dizer e fazer*

92 A noção aqui adotada de autocracia é aquela apresentada por Mario Stoppino (*in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco (Org). **Dicionário de política**. vol. I, 11ª ed. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, p. 372).

93 SAMPAIO, 2014, p. 455.

aplicar o direito, realmente detém parcela de poder e, assim, tal como o titular do poder político, exerce parcela de poder do Estado, restando igualmente limitado pela Constituição.

E a Constituição não confere poderes ao Poder Judiciário, para criar o direito. Tampouco atribui ao Judiciário a possibilidade de descon sideração da lei (formal e materialmente em conformidade com a Constituição), por critérios de conveniência ou oportunidade. Vale em toda a sua forma a afirmação no sentido de que o Estado Democrático de Direito não convive com a ausência de controle do poder... de todo e qualquer poder.

Afinal, como leciona Ferreira Filho, repugna ao pensamento político contemporâneo a ilimitação do poder. Antes pelo contrário, impera a noção e arraigada convicção no sentido de que o poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Na famosa expressão de Lord Acton, **todo poder corrompe**, inclusive o democrático⁹⁴.

Secundando Lênio Luís Streck, é possível afirmar que a submissão do poder ao direito é da essência do Estado de Direito, onde não há espaço para qualquer absolutismo.

Não há espaço para o *absolutismo legislativo*⁹⁵. Se se compreendesse como a *prevalência da regra da maioria*, poder-se-ia afirmar que o

94 FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 67.

95 STRECK, 2014(B), p. 87.

*constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este 'subtrai' da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários.*⁹⁶

Não há espaço para o *absolutismo* do *executivo*. Uma vez que encontra-se limitado pela lei, que é criada por Poder Legislativo, e encontra-se obrigado a cumpri-la.

Por fim, mas não menos importante, não há espaço para o *absolutismo judicial*, facilmente encoberto sob o disfarce da discricionariedade, que nada mais é que o império do subjetivismo. Também aqui, o poder (jurídico) pode muito, mas não pode tudo! Afinal, interpretar não é sinônimo de criar.

Em conclusão, a Constituição é o espaço privilegiado da inter-relação entre o político e o jurídico, e, enquanto norma de direito, traça o limite do exercício de todo o poder estatal. O exercício do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário somente se legitima quando conformado dentro do âmbito desenhado pela Constituição e vinculado aos fins por ela ditados. E, de pronto, afirmamos a incompatibilidade da compreensão de um poder soberano representacional (em qualquer das esferas de exercício do poder), isento de prestação de contas ou ilimitado frente a Constituição normativa.

96 Logo na sequência dessa afirmação, Lênio Luiz Streck afirma que a contraposição entre *democracia* e *constitucionalismo* constitui um perigoso reducionismo e um dos mitos centrais do pensamento moderno (STRECK, 2014(B), p. 85-86).

5) A Constituição como limitação jurídica das opções políticas

Afirmada a força normativa da Constituição enquanto regra de *dever ser*, diretiva e conformativa do exercício do poder (executivo, legislativo e judiciário), bem como a incontornável inter-relação entre a política e o direito no âmbito constitucional, mostra-se fundamental a compreensão do papel e dos limites do Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito, enquanto intérprete último da Constituição.

Novamente torna-se necessária a referência e vinculação da ideia de Constituição ao império da lei, separação de poderes e garantia dos direitos fundamentais.

Com os olhos voltados, neste momento, especificamente para a Constituição da República de Portugal, e, mesmo com o risco da crítica segundo a qual uma Constituição não pode ser interpretada em tiras⁹⁷, apresentamos à colação os textos normativos dos artigos:

- **108º**, que vincula o exercício do poder (poder, que pertence ao povo), aos termos da Constituição;
- **110º**, que elenca os Tribunais, como órgãos da soberania do Estado, no mesmo patamar do Governo, da Presidência e da Assembleia da República;
- **127º**, que impõe ao Presidente da República *jurar por honra*

97 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 176).

- defender, cumprir e fazer cumprir a Constituição;
- **162º**, que atribui à Assembleia da República *vigiar* pelo cumprimento da Constituição;
 - **223º**, que atribui ao Tribunal Constitucional a competência para apreciar a inconstitucionalidade e ilegalidade;
 - **266º**, que impõe a subordinação de todos os órgãos e agentes da administração à Constituição;
 - **277º**, que qualifica como inconstitucionais todas as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados;
 - **278º, 280º, 281º e 283º**, que disciplinam as hipóteses e procedimentos da fiscalização preventiva, a fiscalização concreta e a fiscalização abstrata da constitucionalidade, e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

A apresentação do texto legal constitucional é feita com o intuito único de demonstrar e pontuar a clara opção do legislador constituinte em limitar todo o exercício do poder e atribuir ao Tribunal Constitucional a função de interprete, por excelência, da adequação de todos os atos normativos e governativos à Constituição. E mais, chamar a atenção para a expressa referência, que consta no art. 277º, no sentido de que é inconstitucional não apenas o que contraria uma *regra* da Constituição, mas também aquilo que contraria os seus *princípios*⁹⁸.

98 “*Por si só, os valores são bens essenciais sentidos difusamente no plano social, ético ou político por setores da sociedade, mas não obrigam coativamente os poderes públicos e os cidadãos. Contudo, na medida em que marquem as opções políticas dos decisores quando instituem um determinado modelo de regime político e se encontrem presentes no centro do sistema circulatório de uma Constituição, os valores passam ao universo do ser para o dever ser através da corporização em princípios*” (MORAIS, 2014(B), p. 515)

Em Rui Guerra da Fonseca encontramos valiosa contribuição para a compreensão da distinção entre a atividade da administração e do julgador. Com efeito, o autor vai apresentar que não é a *imparcialidade* o que distingue o *administrar* e o *julgar*, mas sim a *indiferença* quanto ao fato criado. Fazendo uma correlação entre o *querer*, o *pensar* (e o *julgar*) de Hannah Arendt, no seu *A Vida do Espírito*, Rui Guerra centra-se no “querer” como sendo a intencionalidade característica da administração, uma vez que o cerne da sua atuação é a alteração da realidade com a criação de fatos. Já a atividade do julgador não estaria e não poderia estar vinculada a esse “fato criado”⁹⁹.

Parece não haver dúvidas que o “querer”¹⁰⁰ compete ao político.

O imaginar e projetar soluções criativas para a realização e concretização dos objetivos do Estado são atividades específicas e próprias do

99 Nas palavras do próprio autor: “O que neste particular há de reter é que a administração atua sempre segundo um princípio de necessidade, cuja concretização se realiza na politicidade do interesse público e em que ela participa construtivamente” (FONSECA, Rui Guerra da. **A imparcialidade como indisponibilidade do fato**: ou critério essencial da distinção entre administração e juiz [In estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, FDUL, IV, FDUL], Coimbra: Coimbra, 2012, p. 812); e “É, assim, em relação ao facto que o juiz é indiferente, superior, não comprometido, sendo neste não comprometimento em relação ao facto e à intencionalidade da respectiva positividade que se manifesta, em termos substanciais, a imparcialidade ou terceiridade do juiz, que só então é um terceiro 'outro' desinteressado, desinteressado justamente do facto e da sua intencionalidade, que assim não assume como sua; contrariamente, de uma justiça política se falará caso os processos jurisdicionais sejam utilizados ao sabor das tendências políticas do momento ou para a satisfação de conveniências políticas do Estado ou dum grupo – e a conveniência é sempre uma característica dos factos.” (FONSECA, 2012, p. 816).

100 Vontade no sentido apresentado por Hannah Arendt como fonte da ação, isso é, como um poder para começar espontaneamente uma série de coisas ou estados sucessivos. (ARENDR, Hannah. **A vida do espírito**. Trad. De Antônio Abranches et al. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 191) e reforçada por Rui Guerra da Fonseca (FONSECA, 2012, p. 812).

administrador e do legislador e, dentro deste âmbito, encontram eles liberdade para criar e implementar as alternativas para o controle do caos e domínio da fortuna, na busca do bem comum. Mas, como o poder político, concretizador da intencionalidade política, é exercido por representação (e não representacional), mostra-se necessária a compreensão de que, nada obstante a liberdade de opções, há opções vedadas ao político. Vale dizer: no Estado Democrático de Direito, o político pode muito, mas não pode tudo¹⁰¹. Há limites para o querer!

E não pode tudo porque, no limite do processo de escolhas ou de tomada de decisões políticas, está sempre a Constituição, como regra contramajoritária, a interditar, pelo direito, o exercício do poder, opondo-lhe e exigindo a intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da democracia¹⁰².

É aqui que ingressa o Tribunal Constitucional como sensor último das escolhas políticas. Sempre que a intencionalidade política, exercida pelo *querer* do administrador, acarretar a restrição de um direito fundamental ou a ofensa ao

101 Como afirma Jorge Miranda, “o poder pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (arts. 2º, 3º, nº 1, 10º, nº 1, 108º, 114º, nº 1, 187º, etc.) mas está subordinado – material e formalmente - à Constituição (arts. 3º, nº 2, 108º, 110º, nº 2, 225º, nº 3, 266º, 288º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos actos do poder (arts. 3º, nº 3, 204º, 268º, nº 4, 278º e segs.). Subordinado e, portanto, limitado” (MIRANDA, 2007, p. 69).

102 Diogo Freitas do Amaral, discorrendo acerca do pensamento político de Adolf Hitler, afirma que a Lei de Emergência de 1933 (que Carl Schmitt chamou de Constituição Provisória do III Reich) consagrou a vitória da nova concepção do Estado sobre a letra da lei, sendo o *Führer* o supremo juiz que sabe distinguir o direito da injustiça. Também faz referência a um acórdão do Tribunal Superior Alemão onde restou consignado que *a proteção da ordem pública e da segurança impõe sempre a salvaguarda dos interesses gerais da nossa ordem social, pelo que já não existem mais limites às decisões do Estado que violem direitos individuais* (AMARAL, Diogo Freitas do. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 519).

princípio democrático¹⁰³, competirá, por força de opção constitucional, a um Tribunal Constitucional, controlar e decidir sobre a validade de tal opção, com os olhos voltados à preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁰⁴ e da democracia. E tanto mais denso deverá ser esse controle da validade do ato, quanto maior for a lesão ao bem constitucionalmente protegido¹⁰⁵.

Sob essa óptica, não existe espaço para um Tribunal Constitucional que exercite uma soberania meramente passiva diante da violação a direitos fundamentais ou ofensa ao princípio democrático; tampouco para um Tribunal Constitucional leniente da ideia de soberano como aquele que decide sobre a exceção com a autoridade ilimitada necessária a dominar a fortuna¹⁰⁶.

Importante trazer à colação a visão de Luigi Ferrajoli¹⁰⁷, quando

103 Carlos Blanco de Moraes defini o princípio democrático, na sua vertente estruturante, ligando-o ao valor da democracia política, *que postula que a designação dos governantes, como titulares do poder político, deriva do consentimento expresso pela vontade dos governados, em regra com o estatuto de cidadãos, mediante um sufrágio eleitoral livre, competitivo, periódico, igual, pluralista e com equivalência de opções* (MORAIS, 2014(B), p. 504).

104 “os direitos fundamentais são fundamentais precisamente por estarem subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder” (SARLET, 2009, p. 61-62).

105 “O que é determinante é o tipo de reservas que afeta a realização do direito fundamental, pois, sendo certo que enquanto direito fundamental ele se impõe à observância dos poderes constituídos, o tipo e densidade do controle a que pode ser submetido, dando como pressuposto o respeito e observância do princípio da separação dos poderes, é variável em função das reservas que afectam a validade ou a eficácia e estas podem ser, como temos desenvolvido, uma reserva geral imanente de ponderação, uma reserva do politicamente adequado ou oportuno e uma reserva do financeiramente possível que, em conjunto ou separadamente, condicionam a vinculatividade jurídica dos deveres estatais correlativos dos direitos fundamentais e a respectiva densidade do controlo judicial” (NOVAIS, 2010, p. 137).

106 A referência às ideias de Karl Schmitt acerca do soberano como aquele que decide sobre a exceção e domina a *fortuna* são retiradas do texto de Luís Pereira Coutinho (COUTINHO, Luís Pereira. **A soberania passiva do juiz constitucional**. Um estudo de teoria do Estados. In: AAVV. *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. v. II. Coimbra: Almedina, 2016, p. 6).

107 FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2010, p. 105-109)

vislumbra, na divisão dos poderes do Estado, a importância da distinção entre a esfera do *decidível* e a esfera do *indecidível*¹⁰⁸, para a perfeita compreensão das funções da política e das funções do direito. Para o autor, na esfera da política encontram-se as *funções de governo*, nela restando compreendida todo o âmbito do *decidível* enquanto atividade de inovação e transformação do direito (sempre respeitando a Constituição), possuindo, como fonte de legitimação, o voto e a eleição popular. Por outro lado, à esfera do direito competem as *funções de garantia dos direitos fundamentais*, que conformam a esfera do *indecidível*, possuindo como fonte de legitimação a lei¹⁰⁹.

Em uma tradução livre do espanhol, leciona Ferrajoli: *antes das constituições rígidas, no Estado Legislativo de Direito, a política, como expressão da*

108 A esfera do *indecidível* presta-se para identificar o conjunto de princípios que, na democracia, se encontra subtraído à vontade da maioria. Assemelha-se ao *coto vedado*, de Garzón Valdés; e à ideia de *território vedado* de Norberto Bobbio. Nas palavras de Jorge Silva Sampaio, “a noção de Ferrajoli afasta-se da noção de Garzón Valdés e de Bobbio porque, para além de traçar o território proibido, também assinala qual o território obrigatório. Ou seja, não pretende dizer-nos apenas o que é que pode ser decidido, mas também aquilo que não pode deixar de ser decidido. Trata-se, pois, de uma teoria que compreende melhor a dupla natureza negativa/positiva dos direitos fundamentais. O conjunto das duas esferas equivale ao conjunto das garantias dos direitos constitucionalmente estabelecidos, dirigidas a assegurar a sua efetividade” (SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direito social**. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 468.

109: “¿Cuál es la fuente de legitimación de la esfera de lo decidible, y por tanto de las funciones y de las instituciones públicas a las que se confían las decisiones y las elecciones dentro de la esfera, precisamente, de lo decidible? Esta fuente es evidentemente la representación política: los órganos legitimados para tales actividades – la legislación, las actividades de gobierno, las actividades administrativas auxiliares de las actividades de gobierno y por tanto confiadas a los órganos dependientes de los poderes de gobierno – son evidentemente los que toman su investidura del voto y de la elección popular.

“¿Cuál es la fuente de legitimación democrática de los órganos llamados a la aplicación de la ley, o sea, a la observancia de sus presupuestos, en funciones de garantía de los derechos fundamentales que conforman la esfera de lo indecible? Esta fuente, en virtud del carácter cognitivo de tales actividades – cognitivo de los hechos y reconocitivos de su calificación jurídica – es, de forma igualmente evidente, la rígida sujeción solamente a la ley que están obligados a aplicar” (FERRAJOLI, 2010, p. 106).

*maioria, era de fato onipotente. As constituições rígidas colocaram um fim a esse resíduo de absolutismo. A política, graças a elas, tem sido submetida ao direito e precisamente à esfera do indecível, impondo que esteja regida por funções de garantia independentes*¹¹⁰.

Pretende-se com isso afirmar que, na esfera do decidível, compete ao poder político definir com liberdade, dentre as opções imaginadas (*o querer*), as medidas que entender convenientes ou oportunas para a realização do bem comum. E aqui deve o poder jurídico exercer, em toda a sua extensão, aquilo que Luís Pereira Coutinho¹¹¹, citando Alexander Bickel, identifica como uma *virtude passiva do poder*, onde o poder jurídico (em específico, o Tribunal Constitucional), reconhecendo encontrar-se diante de assuntos políticos sensíveis, deixa de decidir, *mantendo a tensão entre o princípio e a conveniência*. Na esfera do decidível, não há espaço para a interdição judicial, salvo hipóteses de exceção como vícios de competência ou forma, abuso de poder ou desvio de finalidade.

Já quando a decisão política invade a esfera do *indecível*, o Estado Democrático de Direito parece não poder se conformar com tal passividade de um órgão incumbido precípua e especificamente da defesa do núcleo intangível do Estado Constitucional, vale dizer, da esfera do *indecível*.

Mas, e na ausência de uma situação dita como de normalidade da vida estatal? diante de uma situação de crise? seria possível, ainda assim, sustentar

110“*Las constituciones rígidas han puesto fin a este residuo de absolutismo. La política, gracias a ellas, há sido sometida al derecho y precisamente a la esfera de lo indecible, imponiendo que esté regida por funciones de garantia independentes.*” . (FERRAJOLI, 2010, p. 108)

111 COUTINHO, 2016, p. 191.

a existência da força normativa da Constituição? de um espaço não disponível ao poder político? da primazia do Tribunal Constitucional como censor das opções do governo?

As Constituições rígidas costumam conter normas relativas a estados de exceção, em particular, o estado de sítio e o estado de emergência ou defesa. Assim é o caso do art. 19º Constituição da República Portuguesa e dos arts. 136 e 137 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Percebe-se que, mesmo diante de situações de extrema gravidade, como a agressão (ou iminência de agressão) de potência externa; de grave situação de anormalidade da ordem constitucional ou de calamidade pública, a Constituição (vale dizer, o direito) não devolve ao político um poder absoluto ou ilimitado. Mesmo aqui, a Constituição exige a conformação de requisitos formais e materiais específicos, e estabelece as hipóteses, a forma, a extensão, a limitação no tempo e quais os direitos passíveis de suspensão ou restrição diante da situação de exceção.

Imagine-se, agora, uma situação intermediária entre a normalidade social e os estados de sítio, de emergência ou de defesa; uma hipótese onde a normalidade da vida institucional restasse apenas turbada frente a situações de fato prementes. Tal seria a hipótese das situações de crise financeira vivida em Portugal, no início da presente década, ou de intensa crise política, como a verificada atualmente no Brasil. E aqui, mais uma vez, poderíamos retornar às interrogações acerca da vigência plena da Constituição em tais cenários.

Em Portugal ainda encontram-se em efervescência as discussões acerca da chamada “jurisprudência da crise”, onde parcela relevante da doutrina¹¹² compreendeu que o Tribunal Constitucional invadiu a seara política, confundindo, dentre outros pontos, *inconstitucionalidade com bondade política*¹¹³.

Em terras lusitanas, o Tribunal Constitucional, valendo-se de princípios, afirmou inconstitucionais opções legislativas adotadas pelo Governo para enfrentar a situação de crise financeira¹¹⁴. No Brasil, o Supremo Tribunal Constitucional, valendo-se igualmente de princípios, atuando na inércia do Poder Legislativo, operou verdadeira mutação constitucional definindo a perda do mandato na hipótese de fidelidade partidária¹¹⁵ e entendeu inconstitucional a possibilidade da doação de valores por pessoas jurídicas para o financiamento de campanhas eleitorais¹¹⁶.

No caso Português, José de Melo Alexandrino¹¹⁷, aponta que, pelo

112 Tomo como síntese das críticas a obra “**O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos**”, AAVV. Organizada por Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho. No contraponto, na defesa do Tribunal Constitucional, a obra “**Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**”, de Jorge Reis Novais.

113 A referência é feita por José Melo Alexandrino no texto quando da sua intervenção proferida na Conferência “Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem”, organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson – Correia da Serra, realizado em 3 de novembro de 2014, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a coordenação dos Professores Doutores Jorge Miranda, Carlos Blanco de Moraes e Paulo Trigo Pereira.

114 Especial referência aos Acórdãos. n.º 187/2013, 413/2014, 574/2014 e 575/2014 do Tribunal Constitucional de Portugal.

115 Mandado de Segurança nº 26.602/DF, julgado em 04-10-2007.

116 ADI 4.650, julgada em 17-09-2015.

117 ALEXANDRINO, José Melo. **Jurisprudência da crise**. Das questões prévias às perplexidades. In RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Org.). **O Tribunal Constitucional e a Crise**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 56.

menos desde o dia 7 de abril de 2011, a *Constituição nacional* restou afetada por um conjunto de fatores exógenos¹¹⁸, e identificou três diferentes teses defendidas pela doutrina acerca da vigência e normatividade da Constituição diante da situação de crise econômica: a) a primeira, no sentido de que a Constituição permaneceria plenamente em vigor, a despeito da situação fática; b) a segunda, defendida por autores que sustentam uma Constituição condicionada por um *direito da crise* (como Maria Benedita Urbano), ou afetada pela erosão do constitucionalismo estatal (como Rui Medeiros); c) e, ainda, uma terceira corrente (defendida por Paulo Otero), para quem a constituição estaria numa situação de *coma jurídico*. Para o autor, embora sem atingir a validade ou a vigência da norma constitucional, o conjunto de fatores retirou da Constituição a plena capacidade de conformação da vida coletiva, com a correspondente limitação dos poderes da jurisdição constitucional, exigindo, por consequência, do Tribunal Constitucional, uma prudência de autocontenção perante as escolhas trágicas da administração.

Carlos Blanco de Moraes, criticando a chamada “jurisprudência da crise”, sustenta que, tal como sucede no estado de exceção “não financeira”, a exceção financeira repousa em um justificativo de “estado de necessidade”, a reclamar uma condução essencialmente política, levada a efeito pela autoridade legitimada pelo mandato popular. Para o autor, o controle do Tribunal Constitucional restaria limitado exclusivamente à contenção de manifestos quadros arbitrários de onerosidade artificial, sob pena de o Tribunal converter-se em verdadeiro soberano

118 O autor cita a rejeição do Programa de Estabilidade e Crescimento (PEC) para 2011-2014 e a demissão do Primeiro-Ministro, em 23 de Março de 2011; e o agravamento súbito e grave da situação de crise financeira do Estado que levou ao acordo de ajuda financeira e à celebração dos memorandos de entendimento por um governo de gestão (ALEXANDRINO, 2014, págs. 53 3 54).

(o de Schmitt), aquele que dispõe da última palavra sobre a situação excepcional¹¹⁹

Jorge Reis Novais labora em sentido diametralmente oposto, afirmado a inexistência de um quadro de exceção constitucional. Sustenta a plena validade e vigência da Constituição, uma vez que nada na própria Constituição, ou em qualquer outro documento capaz de vincular juridicamente o Estado Português, permite chegar à conclusão diversa. Refere que os críticos *“acham que a Constituição não deve estar (plenamente) em vigor e, como assim acham, acham também que todos o deveríamos achar, incluindo, sobretudo, o Tribunal Constitucional. E se não o achamos, então acham que temos algum problema, de tão obviamente acharem que o que eles acham devia ser por todos igualmente achado”*¹²⁰.

Seguindo o prisma de visão de Jorge Reis Novais, se a Constituição Portuguesa exige requisitos formais e materiais para a decretação de estado de sítio ou estado de emergência, por que razão poder-se-ia pensar que um estado de crise financeira poderia colocar em suspenso a norma constitucional? Será que a noção de crise deixou de ser um conceito para ser uma palavra de ordem, capaz de justificar a sucumbência de direitos frente a interesses econômicos?

O Estado Democrático de Direito exige uma resposta negativa aos dois questionamentos supra e advoga que é exatamente no tempo de crise que a Constituição deve mostrar-se mais forte e mais reforçada deve ser a posição do Tribunal Constitucional enquanto garante dos direitos fundamentais e da

119 MORAIS, 2014(B), p. 784.

120 NOVAIS, 2014, p. 46.

democracia. Se o poder político pode muito, reafirmamos, é certo que não pode tudo ou a qualquer preço!

Reis Novais é enfático ao afirmar, na crítica àqueles que sustentam uma espécie de “suspensão” da Constituição em tempos de crise: *ou alterem a Constituição... ou cumpram as regras... ou liderem uma insurreição armada contra a ordem constitucional*¹²¹. Como não houve alteração da Constituição, tampouco levante armado, resta apenas, como única medida legalmente possível, o cumprimento da Constituição em toda a sua extensão.

Essa mesma hipótese da possibilidade da alteração da Constituição, parece ter preocupado Carlos Blanco de Moraes, quando sustenta a necessidade da discussão sobre a criação de um instituto equivalente a um estado de necessidade ou de urgência financeira¹²².

A missão reservada ao Tribunal Constitucional, no Estado Democrático de Direito, consiste na defesa daquela parte excluída do *decidível* pela política e, assim, toda vez que um ato de governo ofenda um direito fundamental ou um princípio estrutural do Estado, restará legitimada a interdição da opção política pelo poder jurídico.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a análise do protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) difere em muito do havido em Portugal, pois, no Brasil, o jurídico, a toda evidência, extrapolou em muito a sua

121 NOVAIS, 2014, p. 20.

122 MORAIS, 2014(B), p. 785.

missão constitucional, outorgando-se a posição de verdadeiro legislador positivo¹²³.

Carlos Blanco de Moraes¹²⁴, após qualificar o *neoconstitucionalismo* como uma ideologia do moralismo constitucional que se firmou como fermento no ativismo jurídico da América Latina, em especial no Brasil, refere que a sustentação jurídica filosófica para tanto foi encontrada em Luigi Ferrajoli. Entretanto, é exatamente em Ferrajoli que encontramos a possibilidade da crítica ao posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

Retornando à distinção entre o *decidível* e o *indecidível*, Ferrajoli diz, com relação aos órgãos de aplicação da lei: *a sujeição somente à lei, que habilita a aplicação e a execução da mesma, não habilita a sua produção, quer dizer, a*

123 Da pena de Lênio Luiz Streck, lê-se igualmente pesada crítica ao Poder Judiciário brasileiro, especificamente à decisão que ainda no TSE (Tribunal Superior Eleitoral) concluiu pela perda do mandato político em decorrência da infidelidade partidária. Nas palavras do crítico: “*Exemplo típico de intervenção do judiciário que ultrapassa essa fronteira é o caso do Tribunal Superior Eleitoral, de março de 2007, que fez um 'atalho' na reforma política, ao declarar (sic) que os mandatos não pertencem (mais) aos eleitos, mas, sim, aos partidos políticos que abrigam os candidatos. O Tribunal, no caso, respondeu a uma 'consulta' do Partido da Frente Liberal, que perdera, recentemente, vários parlamentares, que trocaram de legenda. Observe-se que já há mais de uma década o Supremo Tribunal federal estabelecera que o mandato pertence ao parlamentar. Que a fidelidade partidária é praticamente inexistente e que o país precisa de uma reforma política quase que ninguém tem dúvida. Aliás, o Congresso está tratando da matéria, embora sem a necessária proficiência. Apesar de tudo isso, não cabe ao Poder judiciário 'fazer a reforma' através de uma resposta a uma consulta de partido político. Como bem assinala Ricardo Penteado, 'o estabelecimento da fidelidade partidária por regra não escrita, produto de uma dedução nunca antes reconhecida, não só cria a equivocada impressão de que a solução dos males políticos é judicial como implica a paradoxal sensação de que o STF, a mais alta corte do país, não sabe o que diz... Acrescente-se que, entre as hipóteses de perda de mandato previstas na Constituição, não consta a 'troca de legenda'. Sob todos os aspectos, a decisão é inconstitucional, não somente porque afronta a parametricidade stricto sensu, mas, fundamentalmente, porque ultrapassa os limites da relação entre os Poderes da República, constituindo-se em um passo atrás na relação 'democracia-constitucionalismo' (STRECK, 2014(B), p. 97-98).*

124 MOARES, 2014(B), p. 368.

*inovação jurídica através da produção da norma*¹²⁵.

Assim, quando o STF retira de *princípios implícitos* da Constituição Federal, por exemplo, a regra de uma fidelidade partidária capaz de criar uma hipótese de perda de mandato eletivo¹²⁶; ou quando, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, resolve que a lei que autoriza o financiamento de campanhas eleitorais por pessoa jurídica não se amolda aos princípios da democracia¹²⁷; parece-nos manifesta a hipótese de invasão da esfera do politicamente *decidível*. Aqui sim, ao que nos parece, faltou ao STF exercitar aquela *virtude passiva* invocada por Luís Pereira Coutinho.¹²⁸

No cotejo dessa diametral realidade entre a posição do Tribunal Constitucional Português, na chamada jurisprudência da crise, e o ativismo do Supremo Tribunal Federal brasileiro, nos dois exemplos citados, extrai-se a compreensão exata das virtudes e limites da Jurisdição Constitucional.

Como quer Alexy, se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um Tribunal Constitucional (igualmente) para garantir esses direitos, então a atividade do Tribunal Constitucional, no âmbito da legislação

125 Tradução livre do espanhol: “*la sujeción solamente a la ley, que habilita a la aplicación y la ejecución de la misma, no habilita a su producción, es decir, a la innovación jurídica a través de la producción de normas*”. (FERRAJOLI, 2010, p. 107)

126 Mandados de Seguranças nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, julgados em 04-10-2007.

127 Salientamos que vemos como absolutamente pernicioso o patrocínio de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, e a realidade dos escândalos publicizados atualmente no Brasil bem demonstram a dimensão do problema. Entretanto criticamos a forma como se deu a restrição, pois entendemos que compete ao poder político, e não ao jurídico, a definição da forma de custeio das campanhas eleitorais. Também criticamos o fundamento utilizado pelo Tribunal, uma vez que democracias muito mais sólidas que a brasileira convivem com a participação de pessoas jurídicas no financiamento de campanhas eleitorais, sendo exemplo disso os Estados Unidos da América.

128 COUTINHO, 2016, p. 188.

que seja necessária à garantia desses direitos, não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.¹²⁹

No contraponto, não se pode perder de vista o alerta apresentado por Jorge Reis Novais, quando apresenta que, sob pena de violação dos seus limites funcionais, a decisão judicial de invalidação da decisão política somente afigura-se legítima quando baseada nos valores substantivos constitucionais (direitos fundamentais) e fundamentada segundo parâmetros jurídicos objetivos. Pois, do contrário, falece legitimidade ao juiz constitucional a possibilidade de fazer concretizar uma política alternativa à do legislador democrático¹³⁰.

Portanto, no processo de ponderação e valoração dos bens, princípios ou interesses em colisão, o que se exige da jurisdição constitucional é uma fundamentação não de acordo com opiniões políticas, religiosas, morais ou filosóficas, mas uma fundamentação jurídica, intersubjetivamente acessível, compreensível e criticável. O contrário significa substituir a decisão do legislador pelo execrável decisionismo do juiz¹³¹.

É possível conciliar muita coisa com o texto das disposições constitucionais, mas não tudo.¹³²

Em suma, compete ao Tribunal Constitucional, por força de opção do

129 ALEXI, 2015, p. 546.

130 NOVAIS, 2006, p. 59.

131 NOVAIS, 2006, p.59.

132 ALEXI, 2015, p. 553.

legislador constituinte, o controle da pertinência, com a constituição, de qualquer ato legislativo e governativo. Entretanto, até pela existência de esferas próprias afetas primeiramente à decisão eminentemente política, a legitimidade do Tribunal deve limitar-se à interdição das opções administrativas ou legislativas que ofendam formalmente a Constituição, ou que invadam o espaço compreendido como indisponível ao poder político, que diz respeito aos direitos fundamentais e a democracia. Se a decisão política limita-se ao *decidível*, compete ao Tribunal Constitucional o exercício da *virtude passiva*, não havendo espaço para a substituição do julgamento político pelo jurídico. Por outro lado, se a decisão invade a esfera do *indecidível*, a tal *passividade* do órgão especialmente criado para conter a ofensa ao indecidível não se mostra possível. Aqui, a interdição do Tribunal Constitucional deve mostrar-se tão intensa quanto for a intensidade da agressão aos direitos fundamentais ou à democracia¹³³.

133 Um fato atual parece possibilitar a renovação da discussão do tema da “jurisprudência da crise” e da premência de ajustes econômicos para manter o nível de excelência dos Estados perante as chamadas agências de risco. Conforme publicado na imprensa portuguesa, o Nobel de Economia, Joseph Stiglitz afirmou, que as agências de *rating* são uma fraude e têm uma agenda política, sendo este o motivo pelo qual ainda não subiram o *rating* de Portugal. A matéria jornalística encontra-se disponível em: <<http://sicnoticias.sapo.pt/economia/2017-05-30-Nobel-da-Economia-defende-Centeno-na-lideranca-do-Eurogrupo>>. Essa matéria poderia renovar a discussão acerca da necessidade de uma controlabilidade forte, por parte de um Tribunal Constitucional, de medidas de austeridade impostas por uma dada situação de emergência econômica, quando a tal emergência pode trazer consigo interesses outros, quiça artificialmente criados pelo próprio poder econômico. O mesmo vale para o cenário brasileiro, onde, de forma atropelada, o governo leva a efeito uma plêiade de medidas de restrição a direitos, sem uma possibilidade de discussão acerca dos reais interesses que se busca tutelar.

6 - Direitos sociais como direitos subjetivos¹³⁴

Carlos Blanco de Moraes¹³⁵, fazendo referência a Konrad Hesse¹³⁶ e Sampaio Ferraz, parece vincular a ideia de direito subjetivo à possibilidade de imediata exigibilidade perante um tribunal, em especial quando defini o direito subjetivo como *“uma posição jurídica ativa consagrada em norma jurídica, portadora de um elevado grau de determinabilidade ou decidibilidade que permite ao seu titular desfrutá-la em termos imediatos ou exigir judicialmente que seja assegurado esse mesmo desfrute”*.

Com a peculiar coerência, Carlos Blanco de Moraes nega a vinculação imediata entre direitos fundamentais e a condição de direitos subjetivos, uma vez que a condição de direito fundamental advém da previsão constitucional do direito, ao passo que o reconhecimento, enquanto direito subjetivo, decorre do nível de determinabilidade e do regime de proteção (justiciabilidade) conferido a esse mesmo direito.

Nas palavras do professor, *“existem numerosos direitos subjetivos, que não são fundamentais, assim como existem, naturalmente, direitos fundamentais que, pela estrutura incompleta de suas normas, o conteúdo*

134 Para o fim aqui proposto, compreende-se que uma norma estabelece um direito subjetivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o 'direito' a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse ato. A lição é de J.J. Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2013, p. 1254).

135 MORAIS, 2014(B), p. 574.

136 Com efeito, em Konrad Hesse, lê-se que: *“Como direitos subjetivos, fundadores de status, os direitos fundamentais são direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão* (HESSE, 1998, p. 232).

*indeterminado destas, dependência de condições jurídicas complementares para a sua efetivação e justiciabilidade diminuída, não são direitos subjetivos. Nesta última situação se incluem, não apenas os direitos sociais a prestações mas também direitos de liberdade que se encontrem integralmente dependentes de lei quanto à sua efetivação*¹³⁷.

No Brasil, vozes como a de Patrícia Ulson apontam para a necessidade de uma distinção entre direito subjetivo originário e direito subjetivo derivado a prestações, variável segundo o ângulo de abertura e densidade da norma definidora do direito, o primeiro a apontar para a posição original ideada por John Rawls, vinculada à ideia de justiça como equidade; o segundo, para a fixação de princípios que reclamam definição não na posição original, mas sim na etapa legislativa, na lógica da justiça distributiva¹³⁸

Após discorrer acerca dos modelos de positivação dos direitos sociais, J. J. Gomes Canotilho¹³⁹ afirma que os direitos fundamentais sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas. Percebe-se, de pronto, que o autor não vincula a condição de direito subjetivo à possibilidade de imediata e direta realização judicial. Para Canotilho, os direitos fundamentais são, primeiramente, direitos individuais e, se um direito fundamental encontra-se constitucionalmente protegido

137 MORAIS, 2014(B), p. 577.

138 WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces.** Revista de Direito Sanitário. v. 9. nº 2. São Paulo, p. 97 e129.

139 J. J. Gomes Canotilho apresenta quatro principais possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: como normas programáticas; como normas de organização; como garantias constitucionais; e como direitos subjetivos públicos (CANOTILHO, 2003, p. 474 e ss.).

como direito individual, esta proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo.¹⁴⁰

Cláudia Monge, a considerar a imposição de tarefas legislativas destinadas a alcançar as condições materiais e institucionais necessárias à realização dos direitos sociais, igualmente conclui que o direito social à saúde encontra-se consagrado como pretensão subjetiva¹⁴¹.

Em Portugal, mantém-se intensa a discussão doutrinária acerca da unidade dogmática entre direitos e liberdades e os direitos sociais¹⁴² e, *mutatis mutandis*, os aportes teóricos dessa discussão em muito servem para a compreensão e análise da temática no âmbito do direito brasileiro, em especial para a correta identificação e definição do direito à saúde como direito subjetivo, a sua justiciabilidade, e os seus limites de efetivação frente à realidade econômica consubstanciada na fórmula da reserva do possível e o seu confronto com a ideia de garantia do mínimo necessário, enquanto medida de preservação da dignidade humana.

Carlos Blanco de Moraes, após resumir os tópicos¹⁴³ da corrente

140 CANOTILHO, 2003, p. 1257.

141 MONGE, Cláudia. **Contributo para o estudo do direito à saúde**: a prestação de cuidados de saúde. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, defendida em 2002, p. 104-105. Disponível para consulta na biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa – T-3261(I).

142 MORAIS, 2014(B), p. 555.

143 Carlos Blanco de Moraes sustenta que a defesa da unidade dogmática parte das seguintes premissas: *a*) a dignidade da pessoa humana como fundamento de idêntica relevância material; *b*) exigibilidade de prestações financeiras nos dois tipos de direitos; *c*) aplicabilidade direta e status de direito subjetivo; *d*) sujeição das duas categorias de direitos aos mesmos princípios constitucionais estruturantes (acesso aos tribunais, universalidade, igualdade, proporcionalidade); *e*) ausência de consequências práticas na atribuição de um regime reforçado para os direitos, liberdades e garantias; e *f*) imperatividade da idêntica justiciabilidade (MORAIS, 2014(B), p. 555-

doutrinária que sustenta a tese da unidade dogmática, posiciona-se contrariamente, para lecionar a supremacia material dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais. O autor parte da premissa de que apenas os direitos de liberdade, e não os direitos sociais, são pressupostos necessários de um Estado de Direito Democrático. Sustenta, e demonstra, que sem direitos de liberdade constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito, nem democracia política; enquanto o mesmo não sucede com os direitos sociais, que não são pressupostos necessários de um Estado de Direito Democrático¹⁴⁴. Prossegue a ressaltar as diferenças qualitativas e quantitativas das obrigações prestacionais do Estado com ênfase no custo das prestações; sustenta a correção da opção de sistematização da Constituição da República de Portugal quando confere uma proteção reforçada apenas aos direitos de liberdade; e nega a dimensão de direito subjetivo aos direitos sociais¹⁴⁵.

Em sentido oposto, Reis Novais torna-se enfático ao afirmar que os direitos sociais, na ordem constitucional portuguesa, são direitos fundamentais, beneficiados do regime e da força normativa constitucional. *Os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais e seu regime de protecção constitucional se identifica, no essencial, com a protecção conferida aos direitos, liberdades e garantias*¹⁴⁶.

562).

144 MORAIS(B), 2014, p. 567.

145 “Sucede que os direitos sociais a prestações (como o direito à saúde, segurança social, educação ou habitação) estão contidos em normas de viés programático cujo conteúdo, morfológico, no que concerne à sua dimensão positiva, não alcança o grau de determinabilidade das normas que consagram os direitos subjetivos.” (MORAIS, 2014(B), p. 575).

146 NOVAIS, 2010, p. 10.

Na síntese do modelo proposto, Reis Novais aponta as seguintes situações de verificação da absoluta identidade de tratamento entre os direitos de liberdade e os direitos sociais¹⁴⁷:

a) sempre que a norma constitucional fixa definitivamente deveres estatais de realização precisa e inequívoca, com carácter de regra susceptível de aplicação direta e imediata;

b) no domínio dos deveres estatais de respeito do acesso individual a bens juridicamente protegidos que os particulares estão em condições de assegurar através de recursos próprios, sem necessidade de ajuda do Estado;

c) no domínio dos deveres estatais de proteção do acesso individual a bens jusfundamentalmente protegidos, seja contra ameaças ou agressões do próprio Estado e das entidades públicas, de entidades particulares, do próprio titular ou de eventualidade ou riscos naturais.

Geraldo Pisarello, na busca de uma efetiva concretização dos direitos sociais, percorre o caminho que pretende desconstruir o que chama de *mitos* que modelam a percepção dos direitos sociais como direitos de segunda classe frente aos direitos de liberdade. Para tanto, busca o autor derrubar os argumentos segundo os quais os direitos sociais seriam historicamente posteriores, axiologicamente inferiores, estruturalmente diferentes e dogmaticamente sujeitos a uma tutela debilitada em relação aos direitos civis e políticos¹⁴⁸.

147 NOVAIS, 2010, p. 302-303.

148 “Al presentar los derechos sociales como derechos tardios, desde un punto de vista histórico, subalternos en términos axiológicos, con una estructura totalmente diferenciada y devaluados desde el punto de vista jurídico, las propias disciplinas jurídicas contribuyen para anclarlos en una condición de permanente minoría de edad”. (PISARELLO, 2007, p. 137).

Luigi Ferrajoli, após afirmar a alteração de paradigma decorrente do segundo pós guerra, tanto do conceito de direito como da noção de democracia, sustenta a necessidade de uma nova compreensão do constitucionalismo como um programa para o futuro, com a garantia e máximo grau de efetividade para **todos os direitos fundamentais** (liberdade e sociais); **frente a todos os poderes** (públicos ou privados) e em **todos os níveis** (interno e internacional)¹⁴⁹.

Paulo Bonavides¹⁵⁰, discorrendo sobre os direitos sociais (que qualifica como direitos de segunda geração, vinculados à ideia de igualdade), afirma parecer estar perto o fim do ciclo da baixa normatividade dos direitos sociais (aqueles que exigem prestações materiais do Estado), desde que recentes Constituições (inclusive a brasileira) formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Para o autor, os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os de primeira, pelo menos esta é a regra que já não pode ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

Relacionando os direitos individuais ao direito geral de liberdade e os direitos sociais ao direito geral à igualdade, Jorge Miranda afirma que essa igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem

149 FERRAJOLI, 2010, p. 28.

150 BONAVIDES, 2015, p. 579.

preexistente ao Estado¹⁵¹.

Embora o dissenso doutrinário existente tanto no Brasil como em Portugal, a tese relativa à unidade dogmática ganha um reforço considerável no âmbito do direito brasileiro, uma vez que a regra do art. 5º, § 1º, da CF/88, confere um único regime jurídico para todos os direitos fundamentais.

E uma constituição que coloca a **dignidade da pessoa humana** como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III); a **redução das desigualdades sociais** como objetivo fundamental da República (art. 3º, III) e apresenta extenso e pormenorizado rol de direitos, não é axiologicamente neutra e, assim, exige que a sua interpretação seja realizada sob as lentes de um Estado Social¹⁵².

Nesse passo, parece inafastável a conclusão no sentido de que o legislador constituinte brasileiro entendeu por atribuir aos direitos sociais a mesma justiciabilidade dos demais direitos fundamentais, competindo ao interprete/julgador, mesmo diante de uma norma dotada de relativo grau de abertura ou indeterminabilidade, extrair dela o máximo de efetividade possível, que, entretanto, poderá variar de intensidade na razão diretamente proporcional ao grau de determinabilidade da norma.

151 MIRANDA, 2014, p. 40.

152 *“Una constitución que reconoce derechos sociales o que, en nombre del principio del Estado Social, impone deberes positivos y negativos a los poderes públicos y a los poderes del mercado, no puede ser absolutamente neutra en términos económicos, del mismo modo que una constitución que proscribe la tortura y garantiza el debido proceso no es neutra en materia de política criminal”* (PISARELLO, 2007, p. 94).

Assim, de idêntica forma relativamente às liberdades e garantias, os direitos sociais qualificam-se como direitos subjetivos do cidadão e são dotados da mesma justiciabilidade. Se um direito existe, ele é justiciável^{153 154}.

Na lógica de Geraldo Pisarello, em uma tradução livre do espanhol, *“todos os direitos fundamentais exigem concreções legislativas que podem ter diferentes alcances. Por isso é lógico, como apontam algumas constituições, que resultem alegáveis ante os tribunais 'de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam'. A maior ou menor regulamentação legal reforçará ou debilitará as possibilidades de exigibilidade judicial do direito em questão... porém ela não impede que todos tenham, ao menos, um conteúdo constitucional mínimo, indisponível, suscetível de algum tipo de tutela jurisdicional, ainda no caso de que não exista regulação legal*¹⁵⁵.

Mas, vale sempre a referência, não significa isso a inexistência de limites aos direitos ou que o Estado esteja obrigado a fornecer “tudo” a “todos”, individualmente.

Embora escreva com os olhos voltados para o sistema de saúde

153 ALEXY, 2015, p. 514.

154 Também é o que exsurge do art. 5, XXXV, da CF/88, quando afirma que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário.

155 No original: *“Todos los derechos fundamentales exigen concreciones legislativas que pueden tener diferente alcance. Por eso es lógico, como apuntan algunas constituciones, que resulten alegables ante los tribunales 'de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen'. La mayor o menor regulación legal reforzará o debilitará las posibilidades de exigibilidad judicial del derecho en cuestión... Pero ello no impide que todos tengan, al menos, un contenido constitucional mínimo indisponible, susceptible de algún tipo de tutela jurisdicional incluso en caso de que no exista regulación legal”* (PIARELLO, 2007, p. 84).

estadunidense, Dworkin nos incita a pensar detidamente no custo da saúde e na definição de quanto o *país* deve gastar com a saúde. Na busca de uma resposta, Dworkin parte do que chama de *apologias a uma justiça ideal*, identificáveis por duas partes vinculadas. A primeira, estribada em René Descartes, no sentido de que a vida e a saúde são os bens mais valiosos e importantes e que todo o resto deveria restar sacrificado para a proteção de tais bens; a segunda, ancorada no conhecimento humano geral dos horrores da dor, a dizer que a ninguém se deve negar a assistência à saúde. Dworkin nomina tal ideal de justiça como *princípio do resgate* e conclui que, embora a intuitiva atração, tal princípio mostra-se imprestável para a resposta à questão de quanto o *país deve gastar com a saúde*, porque apontaria para a irracional resposta de que *se deveria gastar tudo que se tem*¹⁵⁶. Na sequência, Dworkin apresenta como uma possível solução para a interrogação inicial, bem como para a questão da forma de distribuição da saúde entre os cidadãos, aquilo que define como “*teste do seguro prudente*”. Segundo tal teste, competiria à sociedade, após exaustivo e amplo debate, decidir qual o nível de saúde a ser custeado pelo Estado, segundo uma lógica de quanto cada pessoa estaria decidida a gastar com a própria saúde¹⁵⁷. Como o próprio Dworkin aponta, a definição do “seguro prudente” exige amplo debate e participação social, o que

156 DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.434-435.

157 Na lógica de Dworkin, “o *princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem-sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar sua vida. O órgão do governo poderia muito bem decidir que, embora as pessoas prudentes oferecessem à família a assistência médica pré-natal e neonatal de que tantos americanos carecem, e fizessem seguro contra riscos médicos graves em todos os períodos da vida, oferecendo tratamentos comprovados e razoavelmente eficientes se precisassem, abririam mão dos tratamentos heróicos de valor improvável se necessário em troca de benefícios mais certos como educação, moradia e segurança econômica. Nesse caso, então a justiça exige que o plano de saúde universal não ofereça tais tratamentos*” (DWORKIN, 2005, p. 445-446).

pressupõe pessoas livres e iguais¹⁵⁸.

Somente este ponto já mostrar-se-ia suficiente para intuir a não aplicação imediata do tal princípio proposto por Dworkin para a sociedade brasileira, uma vez que esta não é formada por cidadãos livres e iguais¹⁵⁹.

O teste “seguro prudente” pode até apontar para uma noção de justiça baseada na autonomia individual, mas não se presta para a sociedade brasileira atual. Enquanto a nossa sociedade não alcançar um padrão mínimo de igualdade material, e permanecer a ostentar o abissal fosso entre a riqueza e a miséria, restará mantida a necessidade da compreensão da intangibilidade da dignidade da pessoa humana como limite para as opções governativas relativas à garantia, proteção e promoção do direito social à saúde. E isso não é paternalismo, mas sim obrigação social determinada pela Constituição que promete a redução das desigualdades em um país onde uma minoria ainda detém muito e uma maioria sobrevive à míngua¹⁶⁰.

158 Dworkin fala em tomada de decisão pelo próprio povo, baseada na responsabilidade social, em uma comunidade comprometida com a igualdade de recursos (DWORKIN, 2005, p. 449).

159 Secundando Streck e Moraes, no Brasil há duas qualidades de cidadãos: o *sobreintegrado* ou *sobrecidadão* que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o *subintegrado* ou *subcidadão* que depende do sistema mas a ele não tem acesso (STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 80). Também a máxima já incorporada ao ideário comum no sentido de que não há liberdade frente as amarras da fome. Assim, no Brasil, não há liberdade ou igualdade capaz de sustentar a fixação do princípio do seguro prudente.

160 A ONU, em 17-02-2017, analisando dados publicados pelo Banco Mundial, projetou que o Brasil deverá testemunhar, até o final de 2017, um aumento de 2,5 milhões até 3,6 milhões no número de pessoas vivendo na miséria. Estamos a falar, na visão mais otimista, de 11,3 milhões de pessoas vivendo na **miséria** e outras 8,5 milhões de pessoas sobrevivendo na **miséria extrema**. Veja-se que a linha adotada para a definição da pobreza diz com uma renda de R\$ 140,00 por mês, vale dizer, R\$ 4,60 por dia, ou o equivalente 1,2 euros/dia, em uma conversão de 3,5 reais/euro. Os dados da ONU encontram-se disponíveis em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de->

Na busca de uma resposta minimamente adequada, como não admitimos como ultrapassável a intangibilidade da dignidade da pessoa humana, podemos afirmar que o Estado deve dispender o máximo razoável de recursos, para a garantia do maior nível possível de saúde à população, segundo as opções políticas e limitações da realidade financeira (determinada pela concorrência com outras obrigações igualmente indispensáveis como segurança, educação), mas sem descuidar do conteúdo mínimo coincidente com a preservação do núcleo elementar do bem *jusfundamentalmente* protegido.

Objetivamente analisando, pode-se afirmar que, a depender da abertura semântica da norma, na razão inversamente proporcional, variará o grau de concreção do direito nela estabelecido. E esta afirmação aproxima-se em muito daquela apresentada por Robert Alexy, quando sugere uma proteção mais intensa às normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos, e uma proteção mais fraca às normas não vinculantes que fundamentam apenas um dever estatal objetivo *prima facie*¹⁶¹.

Mesmo diante da omissão do legislador ordinário para conferir uma maior densidade à norma constitucional, haverá sempre um espectro de possibilidades de defesa em juízo do direito fundamental social, espectro este que varia desde a constatação da inconstitucionalidade por omissão, com a simples (e

[pobres-no-brasil-tera-aumento-de-no-minimo-25-milhoes-em-2017-aponta-banco-mundial/>](#)

Acesso em: 05-06-2017.

161 Robert Alexy, tratando dos direitos fundamentais sociais, elabora um quadro relacionando as normas a partir de um ponto de vista teórico-estrutural, descrevendo normas “definitivas” e normas “*prima facie*”; que garantem direitos “subjetivos” ou apenas obrigam o Estado de forma “objetiva”; “vinculantes” ou “não vinculantes” (ou simplesmente programáticas) (ALEXY, 2015 p. 500-501).

inefetiva) constituição em mora do legislador, até a concreta determinação judicial do cumprimento de uma prestação positiva, necessária e efetiva à garantia do direito individual postulado e que se torna obrigatória à partir da própria Constituição¹⁶².

Assim, na presença de uma regra (norma com menor abertura semântica), máxima será a possibilidade de conferir efetividade ao direito nela estabelecido. E, no polo oposto, diante de uma norma dotada de máxima abertura e indeterminação, o direito extraível restará limitado ao ponto mínimo de preservação do núcleo essencial¹⁶³ do bem jurídico tutelado, o que poderá corresponder (embora não se confunda) ao mínimo existencial, enquanto expressa garantia à intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

Se o legislador ordinário fixa, com elevado grau de precisão e certeza, o conteúdo do direito exigível do Estado, o direito social adquire elevado grau de definitividade e densidade¹⁶⁴, reclamando máxima justiciabilidade e possível aplicação na lógica do tudo ou nada. Na ausência da precisão ou certeza, o direito social permanece mais permeável, identificando-se como um direito *prima facie*, aplicável na maior medida do possível, com o conteúdo concreto do exigível do Estado sujeito à ponderação. Mas, vale dizer, sempre será um direito subjetivo, tal como definido pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro nos julgamentos do Agravo

162 ALEXY, 2015, p. 514.

163 Nas palavras de Canotilho: “Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) tem um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infrator das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas.”(CANOTILHO, 2003, p. 518).

164 NOVAIS, 2010, p. 152.

Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, de 17-03-2010, Relator Ministro Gilmar Mendes, e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de 12-09-2000, Relator Ministro Celso de Mello.

Assim apresentamos a questão, porque vemos com absoluta dificuldade retirar, dos direitos fundamentais sociais, a qualificação de direito subjetivo do cidadão.

Independentemente do grau de concreção conferido à norma *jusfundamental*, uma vez que restou trazida para o âmbito da Constituição a garantia do direito à saúde, legitimado encontra-se o cidadão para exigir, do poder público, a concretização mínima do direito correspondente, a despeito da inércia do legislador infraconstitucional.

Imagine-se uma situação hipotética, onde vinte pessoas encontram-se obrigadas a permanecer confinadas, em um espaço com pouca ventilação, por oito horas diárias. Imagine-se agora que dessas vinte pessoas, dezenove são tabagistas, fumantes dependentes da nicotina, e pretendem continuar a fumar da mesma forma e intensidade que fumariam se não estivessem naquele espaço confinado. Imagine-se que apenas uma, daquelas mesmas vinte pessoas, não é tabagista, porque conhece os riscos do tabaco ou porque possui histórico de câncer na família causado pelo tabaco, e recusa-se, terminantemente, a ser um fumante passivo, naquele espaço onde dezenove outras pessoas estão a fumar. No exemplo que se imagina não há qualquer lei a regular a questão do fumo em espaços fechados, devendo a situação ser resolvida tão somente com base em dispositivos

constitucionais: um que garante o direito de liberdade máxima do indivíduo, e outro que garante o direito à saúde, *na forma da lei*. Alguém poderia sustentar que a maioria (os dezenove fumantes) poderiam impor a sua vontade contra aquele (um) que não suporta, deseja ou quer ser tabagista passivo? Alguém sustentaria que esse “um” não teria como se opor aos “dezenove” na busca de fazer valer o seu direito à saúde em detrimento do direito de liberdade dos demais, mesmo diante da ausência de uma lei a emprestar maior densidade normativa ao dispositivo da Constituição? Parece-nos que a resposta negativa a todos estes questionamentos é o que se impõe (salvo a hipótese de se negar força normativa à Constituição). Se o caso fosse apresentado a um tribunal, esse tribunal, por seguro, não poderia alegar simplesmente um *non liquet*, e deixar de julgar. Para o julgamento, não disporia o tribunal de uma regra passível de aplicação por subsunção ao fato em discussão. A decisão, incontornavelmente, reclamaria a ponderação decorrente do sopesamento dos dois direitos em colidência. Como resultado final da ponderação, sindicável conforme o seu processo argumentativo, o tribunal poderia conferir a prevalência de um direito ou de outro, conforme as particularidades fáticas e jurídicas do caso, mas mesmo na hipótese de fazer sucumbir o direito da minoria, jamais poderia dizer que aquele “um” não possui um direito subjetivo à saúde já a partir da Constituição.

Também não nos convence a crítica no sentido de que *a fórmula direito público subjetivo em conjunto com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana resulta em uma visão absolutamente individual do direito à saúde, levando à construção de decisões que concedem todo e qualquer pedido apresentado ao Poder Judiciário.*¹⁶⁵

165 WERNER, 2008, p. 127.

O direito é social, mas reclama a possibilidade da concretização individual, competindo ao Poder Judiciário a justa composição.

Compete ao administrador, em cumprimento ao poder/dever de identificar os problemas e imaginar (novamente aqui remete-se à figura do *querer*) as soluções necessárias e possíveis, estabelecer as *políticas públicas* capazes de assegurar, ao maior número possível de pessoas, a maior garantia possível do direito fundamental assegurado pela Constituição. Entretanto, essa ação política não esgota o direito do cidadão ou lhe retira a possibilidade de discutir a insuficiência ou ineficácia da medida. Afinal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão será afastada da análise do Poder Judiciário, e isso também é direito fundamental do cidadão expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF/88).

Em outros exemplos hipotéticos, imagine-se que a *política pública* criou cinquenta vagas em uma escola do ensino fundamental, para garantir o direito constitucional de acesso à educação de crianças carentes de determinado sítio. João, criança residente daquele mesmo sítio, acabou não obtendo acesso à escola, porque as cinquenta vagas já encontravam-se preenchidas quando da sua postulação de matrícula. Seria possível ao Poder Judiciário, diante da norma Constitucional que garante o ensino fundamental, limitar-se a dizer para João: lamento, aguarde a ampliação da *política pública* de vagas em escolas de ensino fundamental ou a alteração da fortuna de seus pais para, assim, suportar os custos do ensino em uma instituição privada? O mesmo vale para a questão da saúde. A *política pública* definiu por manter cinquenta leitos de CTI (centro de tratamento

intensivo), em um hospital, para o tratamento de enfermidades que reclamam tal atenção. Em razão de um acidente qualquer, João necessita de atendimento médico e consequente internação em UTI, mas, todos os cinquenta leitos do SUS encontram-se ocupados no nosocômio. Seria possível dizer a João: desculpe, nossos leitos destinados ao SUS encontram-se todos ocupados e, a não ser que consiga pagar pelo leito de forma particular, nada se pode fazer? Nessas hipóteses, estaria o Tribunal, ao analisar eventuais demandas individuais, impedido de impor ao Estado a obrigação de “comprar” a vaga escolar na rede privada de ensino, ou o leito hospitalar de UTI na rede particular de saúde, sob a alegação de que a obrigação do Estado limita-se à política pública já existente?

Importante citar o caso do medicamento *sofosbuvir*, quando, em 04 de fevereiro de 2015, o cidadão José Carlos, portador de hepatite C, em sessão no Parlamento Português, dirigiu ao então Ministro da Saúde, o apelo: “*A mãe do David morreu, não me deixes morrer*”. José Carlos pretendia ver dispensado no sistema de saúde público português o medicamento sofosbuvir, com eficácia de cura da doença em mais de 90% dos casos, mas que custava 42 mil euros.¹⁶⁶ Apenas dois dias depois, em 06 de fevereiro de 2015, o então Ministro da Saúde, Paulo Macedo, anunciou o acordo com a empresa farmacêutica para a dispensação dos novos medicamentos para o tratamento da hepatite C, no âmbito do serviço público de saúde. Com a inclusão dos novos medicamentos, José Carlos e outras mais de cinco mil pessoas restam curadas da hepatite C, conforme notícia da imprensa portuguesa de 09 de fevereiro de 2017¹⁶⁷.

166 A situação recebeu cobertura jornalística em Portugal, disponível para consulta em: <<http://www.publico.pt/2015/02/04/sociedade/noticia/doente-com-hepatite-c-diz-nao-me-deixes-morrer-ministro-comprometese-pessoalmente-1685052>>. Acesso em 01-06-2017.

167 Notícia disponível em <<http://www.dn.pt/portugal/interior/autorizados-15-mil-tratamentos-para-a>

Este caso havido em Portugal demonstra a importância da identificação do problema e a criação da solução no âmbito do poder político, o qual possui a legitimidade Constitucional para tanto e muito bem cumpriu a sua missão naquele momento, sendo possível crer que, em muito pouco tempo, Portugal restará livre da hepatite C. Mas, imagine-se o contrário. Como ficaria a situação de José Carlos se seus reclamos encontrassem nada mais que ouvidos moucos? Diante da então insuficiência do tratamento disponível no sistema de saúde e da demonstração da existência de medicamento com potencialidade de cura da doença na ordem de 90%, restaria José Carlos alijado da possibilidade de exigir, jurisdicionalmente, a dispensação do medicamento sem o qual pereceria?

Em todas essas hipóteses citadas, não vislumbramos que a simples possibilidade de análise e julgamento, perante o Poder judiciário, de pretensões individuais signifique a quebra do princípio democrático ou a “criação” do direito pelo juiz. Afinal, a base da análise do direito em discussão é o próprio texto normativo já fixado na Constituição.

O que há são conflitos entre o interesse particular (do cidadão) e a decisão da administração, e a solução desse conflito, no Estado Democrático de Direito, compete ao Poder Judiciário¹⁶⁸.

[hepatite-c-mais-dois-mil-do-que-o-acordado-5657021.html](#)>. Acesso em: 01-06-2017. Na mesma notícia lê-se que José Carlos teria assim declarado: “*estou muito grato por estar vivo. Passaram dois anos e estou a melhorar gradualmente. Continuo com algumas limitações pelo facto de ter esperado demasiado tempo pelo tratamento. Estou na lista para transplante. Os doentes tratados... é uma grande vitória as vidas que foram salvas. Mas a Plataforma Hepatite C continua a receber pedidos de ajuda e os tempos de espera estão maiores*”.

168 Para a solução do conflito entre o particular e o Estado, parece reclamar detida análise o

Também a pecha do neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, com todas as críticas já formuladas¹⁶⁹ não nos fazem abandonar o caminho trilhado até aqui, pois, igualmente, não compreendemos que o Poder Judiciário encontre-se autorizado a criar o direito, substituir-se ao legislador, ou possa, no processo de interpretação da norma, abandonar um método jurídico controlável argumentativamente¹⁷⁰. Igualmente não vemos a prevalência dos princípios sobre as regras, desde que ambos possuam idêntica hierarquia na estrutura da pirâmide normativa.

Em conclusão, afirmamos que os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, qualificam-se como direitos subjetivos, especialmente frente à opção

afirmado por Jorge Reis Novais. Para o autor, “a consagração da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado de Direito democrático afasta, como que por definição, qualquer ideia de projeção do Estado como um fim em si mesmo, como se ele devesse prosseguir o seu próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa entidade ética em que o indivíduo devesse, subordinadamente, integrar. A elevação da dignidade da pessoa humana a princípio constitucional dá expressão e fundamento a um novo tipo de relacionamento entre o Estado e o cidadão, ambos reconhecidos ou finalisticamente reconstruídos como pessoas jurídicas que vivem sob a égide do direito.” (NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e direitos fundamentais. v. I. Coimbra: Almedina, 2016(A), p. 59.

169 Para uma perfeita compreensão da síntese do conteúdo e extensão das críticas formuladas ao neoconstitucionalismo, remetemos o leitor a MORAIS, Carlos Blanco de. **O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro e a tutela dos direitos sociais**. São Paulo: RT, 2012, vol. 78 (Janeiro - Março 2012), disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v20120078/document/94825681/anchor/a-94526452>>. Acesso em 30-05-2015.

170 “La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad” (AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Un tratado sobre la justificación jurídica. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 29).

do constituinte brasileiro que atribuiu idêntica justiciabilidade a todos os direitos fundamentais. A maior ou menor densidade normativa conferida ao direito mostra-se como fator determinante para definir o grau de intensidade do direito correspondente, entretanto, mesmo diante da maior abertura semântica possível, ainda assim restará um espaço para a extração de prestações concretas, no limite da preservação do conteúdo mínimo do bem jurídico protegido pela norma jusfundamental, sem que isso represente a possibilidade de o juiz criar o direito do nada ou o isente do dever de fundamentação jurídica controlável.

7- O texto normativo relativo ao sistema de saúde no direito brasileiro

De pronto deixa-se assinalada a distinção entre texto normativo e norma, onde, nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, o texto da norma é o sinal linguístico; a norma é o que se revela ou designa¹⁷¹; ou, como prefere Humberto Ávila, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos¹⁷².

No ordenamento jurídico brasileiro, o cerne do direito relativo à saúde vem positivado, na Constituição Federal, nos arts. 6º e 196 a 200, onde aquele define a saúde como um direito fundamental social, e, estes, estabelecem as diretrizes de um Sistema Único de Saúde (SUS), qualificado como sendo de acesso universal e igualitário, estruturado de forma hierarquizada e coordenada, norteado pela descentralização dos serviços.

Com efeito, embora consagrado no art. 6º da nossa Constituição Federal, foi nos arts. 196 e seguintes que o direito à saúde recebeu maior concretização na estrutura normativo-constitucional brasileira¹⁷³.

Para além da norma constitucional do art. 6º da CF/88, por alguns compreendida como meramente programática¹⁷⁴ e destituída de possibilidade de

171 CANOTILHO, 2003, p. 1218.

172 ÁVILA, 2004, p. 22.

173 SARLET, 2009, p. 323.

174 Quanto a normas programáticas, importante o registro apresentado por Gilmar Mendes e Gustavo Gonet Branco quando sustentam, fazendo referência a Canotilho, “que o caráter programático de uma norma constitucional não significa que o preceito esteja destituído de força jurídica. As

exigibilidade imediata em juízo, há substancial malha normativa infraconstitucional conferindo exaustiva densidade ao direito à saúde¹⁷⁵, com especial referência para as leis que dispõem sobre a organização e estruturação do SUS (Sistema Único de Saúde), dispensação de medicamentos, definição de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, procedimentos médico-hospitalares ou ambulatoriais, insumos e serviços de toda ordem.

A Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamentando o parágrafo 3º do artigo 198 da CF/88, fixou os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em ações e serviços públicos de saúde; estabeleceu os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e impôs as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulamentou o texto constitucional com a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Pela importância de tal legislação para a análise adequada da questão relativa à dispensação de medicamentos, procedimentos e insumos à população, apresentamos ela em forma de anexo.¹⁷⁶

normas programáticas não são simples programas, exortações morais, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição.” (MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 70).

175 SARLET, 2009, p. 323.

176 Anexo nº 1.

O Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, particularizou as ações no âmbito do sistema de saúde, hierarquizou as esferas de decisão política e traçou critérios para a dispensação de medicamentos e acesso às demais prestações na área da saúde.

Extrai-se do conjunto estabelecido pelas normativas federais acima apontadas¹⁷⁷ que, no Estado Brasileiro, a saúde, enquanto direito fundamental, é um direito de todos e dever do Estado, que é prestado através de um Sistema Único de Saúde, regido de acordo com as diretrizes da **descentralização, atendimento integral e participação** popular, com a observância dos **princípios da universalidade, integralidade e igualdade**.

Por força do disposto no art. 24, XII, da CF/88, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem legitimidade concorrente para legislar sobre a proteção e defesa da saúde. Portanto, para além da normativa federal acima indicada como referência, os demais entes da federação (Estados, Municípios e Distrito Federal) igualmente possuem competência para estabelecer formas e procedimentos para a efetivação e concretização do mandamento constitucional relativo ao direito à saúde.

É este conjunto de leis que confere considerável grau de determinabilidade ao direito à saúde, estabelecendo e impondo ao poder público

177 Na sequência apresentada no texto, as leis aparecem em ordem decrescente de hierarquia, partindo do texto constitucional, passando por uma lei complementar, prosseguindo com uma lei ordinária, para por fim chegar ao decreto regulamentar. Importante salientar que o elenco resume-se às principais leis federais, deixando de fazer referência a extenso rol de leis estaduais, bem como leis e demais atos normativos municipais.

ações concretas para a efetivação dos direitos e, por consequência, alcançando ao particular a possibilidade de exigir a realização das prestações correspondentes. Este é o arsenal normativo que a pessoa dispõe, no Brasil, para exigir, perante o Poder Público, ou perante particulares, a garantia, proteção e promoção do direito social à saúde.

De igual forma, é essa a base legal que deve ser observada pelo Estado-Juiz, como parâmetro para a prestação jurisdicional, nas demandas relativas à efetivação do direito fundamental à saúde.

Retomando a ideia da teoria dos quatro *status* de Jellinek¹⁷⁸, pode-se identificar, na estruturação da norma jusfundamental definidora do direito à saúde, a possibilidade preponderante de conferir ao cidadão um *status* positivo, uma vez que, com base na referida norma, o cidadão restará legitimado a exigir e, como face da mesma moeda, o Estado restará obrigado a prestar, a proteção conferida ao bem tutelado.

Chegado até aqui, a discussão apresentada exige, ainda que de

178 É do final do século XX, a doutrina desenvolvida por Jellinek a identificar os quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, extraindo-se de referidos *status* deveres ou direitos correspondentes. Segundo a teoria, no primeiro dos *status*, o cidadão pode encontrar-se em uma posição de *subordinação frente aos poderes públicos* (*status* passivo), restando devedor de algo em face do Estado, que, por sua vez pode exigir algo do cidadão, por mandamento ou por proibição. A segunda posição guarda relação com preservação da personalidade e liberdade do cidadão frente ao Estado (*status* negativo), bem como a preservação de um espaço de autonomia, livre da ingerência estatal. Por terceiro, estão as situações onde o cidadão pode exigir do Estado uma atuação positiva (*status* positivo) no plano prestacional. A derradeira posição diz com a capacidade de o cidadão influir na formação da vontade do estado (*status* ativo). Assim em MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 157. Sobre a crítica à teoria de Jellinek, consultar ALEXY, 2015, p. 269 e segs.

forma breve, direta e (até por isso) carente, um lançar de olhos acerca dos limites da interpretação do texto constitucional pelos tribunais.

A considerar a evolução dos modelos de Estados, do absolutismo ao império da lei e ao modelo de Estado Democrático de Direito, no cerne das transformações da sociedade politicamente organizada sempre esteve a questão da limitação do poder.

Se Carlos Blanco de Moraes está certo quando afirma que *“soberano será, no Estado democrático contemporâneo, quem proferir a última palavra, tanto da produção material de normas, como na sua transformação e cancelamento”*¹⁷⁹, e, se, no Estado Democrático de Direito, quem detém a última palavra acerca da interpretação da lei constitucional é o Tribunal Constitucional; então a questão volta-se para a percepção da necessária contenção do Tribunal Constitucional, uma vez que, como já suficientemente referido nas páginas que se apresentam, o Estado Democrático de Direito não se conforma com o poder ilimitado e insubordinado, e isso vale também para o Poder Judiciário.

A acompanhar as razões de Carlos Blanco de Moraes¹⁸⁰, podemos abordar a questão do limite do poder jurisdicional sob a óptica da problemática do método de interpretação da norma constitucional, e da conseqüente dimensão ideológica e política que a *opção* pelo método pode veicular. Afinal, a utilização de um método jurídico-dogmático de interpretação, ao estilo de Savigny, poderia

179 MORAIS. Carlos Blanco. **As 'ideologias da interpretação' e o ativismo judicial**: o impacto das ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes. *In* AAVV. Liber Amicorum Fausto de Quadros. v. I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 274.

180 MORAIS, 2016, p. 274.

apontar para um Tribunal contido pelas escolhas político-legislativas, com a função precípua de aplicação do direito posto, destituído da possibilidade de substituir-se ao legislador na modificação do direito. No outro lado, a escolha de um método *tópico ou estruturante*¹⁸¹, deslocaria a atribuição de significado da Constituição para um juiz-intérprete, detentor do *poder* de atribuir sentido ao texto e, por consequência, a *última palavra* na definição do que *quer* a Constituição (enquanto norma de dever-ser), com a manifesta possibilidade de substituir-se ao legislador democrático.

Ainda a seguir no caminho trilhado por Carlos Blanco de Moraes, quando diferencia ideologia estática e ideologia dinâmica¹⁸², entendemos que a radicalidade tanto de uma quanto da outra corrente hermenêutica não se amoldam ao modelo atual de Estado Democrático de Direito. A primeira, parece não se coadunar, porque *interpretar a Constituição normativa é muito mais do que fazer-lhe*

181 Gilmar Mendes, citando Böckenförde, distingue os métodos de interpretação da Constituição como hermenêutico-clássico, tópico e hermenêutico-concretizador. O primeiro, “*preconiza que a Constituição seja interpretada com os mesmos recursos interpretativos das demais leis, segundo as fórmulas desenvolvidas por Savigny: a interpretação sistemática, histórica, lógica e gramatical*”. Já a tópica “*toma a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto*”. Por derradeiro, o método hermenêutico-concretizar, onde a “*tarefa hermenêutica é suscitada por um problema, mas para equacioná-lo, o aplicador está vinculado ao texto constitucional*” (MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 91).

182 O autor vale-se de escritos de Jerzi Wroblewski e Riccardo Guastini para distinguir ideologia *estática* e *dinâmica* no processo de interpretação da Constituição. Aquela “*implicaria uma redução da intensidade do controle de constitucionalidade sempre que princípios constitucionais sejam convocados como parâmetro, e envolveria uma referência com a liberdade do legislador investido num mandato democrático, devendo o juízo de inconstitucionalidade recair, apenas, sobre atos manifestamente inconstitucionais*”. Já a ideologia *dinâmica*, “*implicaria, ao invés, a necessidade de as disposições constitucionais serem interpretadas evolutivamente, de modo a ajustarem, utilmente, as exigências mutáveis da vida social e evitarem o envelhecimento normativo, podendo o intérprete, para o efeito, fazer uso de qualquer técnica*. A primeira (ideologia estática) poderia ser representada pelos *conservadores* e *radicais-democratas* e, a segunda (ideologia dinâmica), com os *liberais* e *progressistas* estadunidenses (MORAIS, 2016, p.275-276).

*claro o sentido: é sobretudo atualizá-la*¹⁸³. A segunda, igualmente não se coaduna ou amolda, porque facilmente resvala para o subjetivismo, ferindo de morte a segurança jurídica, a separação dos poderes e, no limite, a própria democracia.

Mas isso não significa anuir acriticamente às ideias de John Hart Ely, apresentadas no seu Democracia e Desconfiança (*Democracy and Distrust*), quando, na distinção entre o interpretacionismo (*interpretivism*) e o não interpretacionismo (*noninterpretivism*), aponta para a necessidade de o Tribunal limitar-se a uma margem mínima de atuação corretiva, sem impor seus valores às cláusulas constitucionais de textura aberta¹⁸⁴.

Se a interpretação da Constituição é incontornável e inevitável, mormente no âmbito das normas *jusfundamentais*, em razão da carga valorativa invariavelmente agregada; e, por outro norte, se o texto constitucional não é uma *carta em branco* onde o intérprete pode ler o que quiser. Parece que o meio termo entre a *ideologia estática* e a *ideologia dinâmica* é o único capaz de conciliar a segurança jurídica e a necessária atualização da norma¹⁸⁵. Vale dizer, há que se

183 BONAVIDES, 2015, p. 494.

184 Assim, em VITOR, Sérgio Antônio Ferreira. **O controle judicial de constitucionalidade na obra do americano John Hart Ely**. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-07/controle-judicial-constitucionalidade-obra-john-hart-ely>>. Acesso em 31-05-2017.

185 Um exemplo do direito penal bem serve para demonstrar a constante necessidade de atualização da norma, embora a permanência do texto. O tipo do art. 213 do Código Penal brasileiro, desde a sua edição, em 07-12-1940, até a revogação ditada pela Lei 12.015/2009, manteve-se inalterado na redação da conduta vedada, definindo como estupro o ato de “*constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*”. Na época da edição do Código Penal, seria possível a interpretação no sentido de que o homem casado não poderia ser o sujeito ativo de tal crime. Afinal, sendo um dos deveres inerentes ao casamento, a coabitação, o coito seria algo como o *exercício regular de um direito* e, assim, não poderia ser considerado crime, mesmo se praticado mediante violência. Nos anos noventa, anos dois mil, ou, de lá para cá, quem poderia sustentar idêntica posição? Ninguém, pois nos parece não haver qualquer espaço para tal compreensão, que, hoje, apresenta-se como repugnante e inadmissível. A realidade atual exige a devida punição

interpretar, mas há limites para tanto.

E o limite que encontramos, é extraído da própria Constituição Federal quando aponta o dever de fundamentação de *todas* as decisões. Afinal, é a fundamentação que confere a possibilidade de controle do conteúdo das decisões que conferem concretude a expressões legais como *mulher honesta, grave ameaça, onerosidade excessiva, direito à saúde, liberdade de expressão*¹⁸⁶.

O Poder Judiciário possui, como função precípua, cumprir e fazer cumprir a legislação pátria, em especial a Constituição Federal. Vale, nesse passo, a lição de Lênio Luiz Streck¹⁸⁷, quando sustenta que uma lei votada pelo Parlamento somente pode ser desconsiderada pelo Poder Judiciário: a) se for inconstitucional, b) se não for possível uma interpretação conforme a Constituição, c) se for o caso de nulidade parcial sem redução de texto, d) no caso de uma inconstitucionalidade

para qualquer tipo de agressão física ou moral no âmbito familiar. Para o que aqui importa, salientamos que o *texto* da lei permaneceu o mesmo por mais de 50 anos; entretanto alterou-se por completo o conteúdo extraído da interpretação do texto, fazendo com que aquilo que antes não era compreendido como conduta constitutiva de crime, passasse a ser punido como tal, como resultado da atualização da norma à realidade social.

186 Ao analisar as contribuições de Dworkin para a crítica ao modelo tradicional de construção da ciência jurídica (com referência específica ao paradigma de Austin), Albert Calsamiglia aponta que o aspecto mais importante da controvérsia reside no fato de colocar, no centro das discussões, o papel dos princípios como fator de justificação das decisões. Para o autor, “*el aspecto positivo mas importante de la polémica há sido colocar en el centro de la discusión el papel de los principios y valores a la hora de justificar decisiones. No es casual que – desde perspectivas muy distintas – la actual problemática metodológica se centre más en las cuestiones de justificación que en las normas y valores jurídicos*” (CALSAMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12, vol. I (1998), . Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>>. Acesso em: 07-06-2017).

187 STRECK, Lênio Luiz. **Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em 10-05-2017.

parcial com redução de texto, e) se se estiver em face de resolução de antinomias e f) no caso do confronto entre regra e princípio (com as ressalvas hermenêuticas). Fora dessas hipótese, o que resta são ativismos, decisionismos ou coisa que os valham¹⁸⁸.

Comungamos da crítica no sentido de que o decisionismo imperante no modelo jurisdicional brasileiro enfraquece o princípio da separação dos poderes, é fator determinante para o quadro de insegurança jurídica e, no limite, presta um desserviço ao Estado Democrático de Direito.

Iris Catarina Dias Teixeira, a criticar o ativismo judicial verificado na Suprema Corte do Brasil, ancorada em lições de Elival da Silva Ramos e de Carlos Blanco de Moraes, aponta o exagero na interpretação e valorização dos princípios como fator determinante do enfraquecimento da própria força normativa da Constituição, bem como de extravasamento da vontade do constituinte e do legislador ordinário¹⁸⁹.

A Partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

188 Tenho como singular a passagem onde Jorge Reis Novais, a discorrer sobre a competência para decidir sobre constitucionalidade de leis, pontua: “atingiria os raios da farsa, mas é, em termos objetivos, o que faz esse modelo dar ao juiz que aprecia o caso a possibilidade de dizer: sim, é certo, o legislador decidiu assim e tinha competência constitucional para fazê-lo, mas neste caso eu vou ponderar se devo ceder a competência dele só um bocadinho, vou ponderar se a decisão final de ponderação não deve ser minha, vou ponderar se a minha avaliação dos interesses materiais em presença não deve prevalecer sobre a avaliação que o legislador fez ao abrigo da competência que a Constituição lhe deu e se não devo fazer ceder também, mas só neste caso e só um bocadinho, a norma constitucional que lhe deu essa competência.” (NOVAIS, 2010, p. 233-234).

189 TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**. Gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 2015, p. 59.

Brasileiro, Iris Catarina aponta que princípios como a *dignidade da pessoa humana*, a *proibição do retrocesso social* e a *proibição do excesso e do déficit* são utilizados pelo tribunal com uma larga vagueza de significado, sem uma definição do conteúdo, o que aponta para a ampliação do poder discricionário do julgador.

Para além do sustentado por Iris Catarina Dias Teixeira, entendemos que não se coaduna, perante a atual Constituição Brasileira, qualquer atividade voluntarista do Poder Judiciário, no âmbito da jurisdição. Se a interpretação da norma legal é incontornável, será a fundamentação o fator último de legitimação da decisão. E a decisão que se limita a invocar princípios de toda ordem, sem agregar qualquer esclarecimento argumentativo capaz de emprestar maior concreção conteudística, não passa de decisionismo. A única decisão que se amolda à Constituição é a decisão construída sob a *autoridade do argumento*, não havendo espaço para a decisão tão somente dotada do *argumento da autoridade*.

É na necessidade da fundamentação jurídica de suas decisões que reside o limite da atuação do Poder Judicial.

8- A reserva do possível, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial

Por regra, todo e qualquer direito, mesmo que fundamental, encontra-se sujeito à restrição. O sistema não reconhece a existência de direitos absolutos. Todos os direitos são limitáveis, em conformação de exigências fáticas ou jurídicas, sendo que tal possibilidade de limitação decorre já da própria natureza dos direitos fundamentais¹⁹⁰.

Limites a direito *jusfundamental*, para o que aqui importa, consistem em ações ou omissões do poder público (executivo, legislativo ou judiciário)¹⁹¹, que dificultam, reduzem ou eliminam o acesso ao bem juridicamente protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo), ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto positivo)¹⁹².

A Constituição Federal Brasileira de 1988, para além da redemocratização do Estado, trouxe as promessas da modernidade¹⁹³ e, com elas, a

190 Conforme Jorge Reis Novais, “A regra é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos, dependendo das circunstâncias concretas do caso e dos valores e bens dignos de proteção que lhes oponham, podem ter de ceder. Pode dizer-se que essa limitabilidade decorre da própria natureza dos direitos fundamentais”. (NOVAIS, 2006, p. 49)

191 Na Constituição da República de Portugal há regra expressa (art. 18º/1) dizendo da eficácia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. Na Constituição Brasileira não há semelhante regra, entretanto, como afirmado por Ingo Sarlet, tal vinculatividade nunca foi, como tal, seriamente contestada, limitando-se eventual questionamento ao modo de vinculação e efeitos dele decorrentes (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 323).

192 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 331).

193 A expressão é de Lênio Luiz Streck, tratando o Brasil como um monumento à negligência social (STRECK, 2014, p. 29).

imposição da defesa, proteção e promoção dos direitos fundamentais de liberdade, sociais e políticos, por parte de quem exerce qualquer parcela de poder, na máxima extensão possível.

Assim, toda limitação a direito fundamental reclama a análise sob a óptica da exceção, pois a regra deve ser a garantia, proteção e promoção do bem jusfundamental, na maior amplitude possível.

Discorrendo sobre a restringibilidade dos direitos e seus respectivos limites, Ingo Sarlet apresenta as designadas teorias “*interna*” e “*externa*” dos limites aos direitos fundamentais e, ancorado em Virgílio Afonso da Silva, afirma que “ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito e seus limites (imanescentes), a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, o direito em si, e, destacado dele, as suas restrições¹⁹⁴. Na teoria interna, o direito e seus limites, na teoria externa, o direito e suas restrições.

Não sendo este o espaço para o mínimo aprofundamento da complexa matéria relativa às restrições aos direitos fundamentais¹⁹⁵, resta para o

194 SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 326.

195 Rios de tinta já preencheram montanhas de papéis tratando do tema relativo às restrições e limites dos direitos fundamentais. Mas não se pode deixar de trazer aqui a posição defendida por Jorge Miranda, que, na lucidez que lhe é peculiar, conseguiu sintetizar toda a discussão, apresentando o problema e a solução de modo singular. Com efeito, após dizer que cada direito tem por fronteira o conteúdo de outro direito (fazendo lembrar um antigo dito popular segundo o qual o direito de um acaba onde começa o direito do outro), afirma a possibilidade de esses direitos entrarem em conflito e, se conflito houver, não existe uma solução *a priori*. Para a hipótese de conflito, apresenta três postulados: a) *discernir nas normas jusfundamentais* as que têm caráter de princípio e as que têm caráter de regra; b) *aproveitar todas as virtualidades de harmonização, objetiva e subjetiva, de princípios*; c) *atender às circunstâncias do caso para aí proceder à concordância prática ou à ponderação*. (MIRANDA, 2014, p. 342).

momento a simples afirmação da restringibilidade como ponto de partida para a confrontação específica da reserva do possível e da inalienabilidade da dignidade da pessoa humana como vetores de ponderação nas hipóteses de restrições a direitos fundamentais.

Sem prejuízo do reconhecimento dos direitos sociais como verdadeiros direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão¹⁹⁶, e passíveis de imediata exigibilidade, é certo que a sua concretização, por regra geral, demanda ações positivas do Estado e, por consequência, o dispêndio de importâncias econômicas que são natural e objetivamente limitadas.

Não é por outra razão que tanto Gilmar Mendes¹⁹⁷ como Jorge Reis Novais¹⁹⁸ fazem expressa referência às contribuições de Stephen Holmes e Cass Sustein, com citações textuais da expressão “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”¹⁹⁹, para iniciar a abordagem da reserva do possível como contra-argumento à efetivação dos direitos sociais, uma vez que a escassez dos recursos jamais poderá ser desconsiderada na equação da realização dos direitos sociais e efetivação de pretensões individuais.

Com efeito, as necessidades humanas são, por definição, ilimitadas, ao passo que os recursos disponíveis para a satisfação dessas mesmas necessidades são materialmente limitados e, por natureza, escassos. E é no

196 CANOTILHO, 2003, p. 476.

197 MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 642.

198 NOVAES, 2010 p. 93.

199 Em uma tradução livre do inglês: “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.

entrechoque entre a escassez dos recursos econômicos e a amplitude ilimitada dos interesses e necessidades humanas que importa considerar a chamada reserva do financeiramente possível como fator limitador daquilo que o indivíduo pode, razoavelmente, exigir do Estado como necessário à concretização de um direito fundamental social como o direito à saúde.

Não são apenas os direitos sociais que reclamam dispêndio financeiro para garantia, proteção e promoção. Mesmo quem leciona a existência de um regime constitucional reforçado exclusivamente para os direitos civis e políticos, reconhece que a garantia destes também importa o dispêndio de recursos públicos para a sua efetivação e defesa²⁰⁰.

Mas é na esfera da realização dos direitos sociais que a questão do custo dos direitos aflora com maior ênfase e importância, uma vez que, embora também possuam uma dimensão negativa (exigindo do Estado uma abstenção ou uma exigência de não lesão)²⁰¹, sobressai-se, da natureza prestacional dos direitos fundamentais sociais, a necessidade do aporte, destinação e dispêndio de valores para a sua concretização.

200 Carlos Blanco de Moraes reconhece que “os direitos civis e políticos envolvem custos, implicam atuações positivas do Estado na sua defesa (mormente através dos sistemas de segurança, justiça e outros serviços administrativos) e que, embora sejam predominantemente negativos, transportam dimensões de ordem positiva (MORAIS, 2014(B), p. 570).

201 Contornamos aqui a questão relativa à proibição do retrocesso, até porque, particularmente, não consideramos como algo que possa ser imposto ao Estado. O eventual retrocesso dever ser considerado como situação de restrição ao direito fundamental, como qualquer outra, que reclamará análise segundo a lógica da ponderação. Aponto, apenas para demonstrar uma possível dimensão negativa de um direito social, a obrigação de o Estado não obstaculizar a possibilidade de o cidadão obter, por meios próprios, o bem jurídico tutelado pela norma jusfundamental de direito social, como, exemplificativamente, a obrigação do Estado não limitar a possibilidade da contratação de um plano de saúde privado, a internação em leito particular e privativo, o acesso a próteses e órteses importadas.

Como, maioritariamente, as normas jusfundamentais estruturam-se sob a forma de princípios, vale dizer, normas que ordenam que algo deve ser realizado na maior medida do possível, a extensão da concreção da norma de direito fundamental²⁰² acaba por sofrer, fatalmente, as limitações decorrentes das possibilidades fática e jurídicas e, por seguro, as limitações financeiras não podem deixar de ser consideradas como fator de justificação de restrições possíveis, porque necessárias ou incontornáveis.

Sem que seja possível a desconsideração do preço dos direitos sociais, a baliza da reserva do possível, no cenário brasileiro, reclama uma particular e pontual observação, uma vez que a Constituição Federal estabelece, desde a Emenda nº 29, de 13 de setembro de 2000, limites mínimos orçamentários para o custeio da saúde (art. 198, § 2º). E a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, veio regulamentar tal disposição constitucional, vinculando o orçamento da saúde ao mínimo de 15% para os Municípios e de 12% para os Estados, da receita tributária. Quanto à União, a lei antes estabelecia a obrigação do investimento mínimo correspondente ao empenhado no ano anterior, acrescido da variação

202 Deve ser tido em conta a estrutura tripartite da norma, composta pela estatuição, operador deôntico e previsão. Na lição de David Duarte: “pode-se ver que a norma possui uma estrutura tripartida, formada assim por três elementos: (i) um elemento relativo ao campo de incidência do sentido de dever ser, que se designa como estatuição; (ii) um elemento que se reporta às condições de sentido, a previsão, e (iii) um elemento relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora, o operador deôntico.” (DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76). No que diz com os direitos fundamentais, parece ser a *previsão* o elemento da norma que maior exame reclama, pois é exatamente no conjunto das condições para a verificação dos efeitos da norma que ocorre o conflito do tipo parcial-parcial, não solucionável pelos métodos clássicos da hierarquia, especialidade ou anterioridade, e que somente tornam-se passíveis de solução através da ponderação.

positiva do Produto Interno Bruto (PIB); e, a partir da Emenda Constitucional nº 86/2015, a obrigação passou a ser variável de 13,6% da receita corrente líquida em 2016, chegando a 20% no ano de 2020 e seguintes. Entretanto, a fórmula mostrou-se insustentável, uma vez que o valor destinado à saúde pela União, no ano de 2016, restou inferior ao aplicado em 2015, com perdas estimadas de R\$ 10 bilhões²⁰³.

O tema da reserva do possível está a receber atenção constante nos Tribunais Superiores Brasileiros, sendo da caneta do Min. Humberto Martins (Resp 1.185.474/SC²⁰⁴, DJe 29.04.2010) a afirmação no sentido de que “a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador”.

Em idêntico sentido, Geraldo Pisarello afirma que se tem insistido na necessidade da criação de indicadores que possam servir como parâmetros para distinguir se o descumprimento de obrigações, em matéria de direitos sociais, deve ser atribuído à impossibilidade fática, ou se se trata de mera ausência de vontade

203 Fonte: Direito a Medicamentos: avaliação das despesas com medicamentos no âmbito federal do Sistema Único de Saúde entre 2008 e 2015. Estudo levado a efeito pelo INESC, disponível em <<http://www.inesc.org.br/biblioteca/textos/direito-a-medicamentos-avaliacao-das-despesas-com-medicamentos-no-ambito-federal-do-sistema-unico-de-saude-entre-2008-e-2015/view>>, p. 12, acesso em 08-05-2017.

204 Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185474&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 22-05-2017.

política.²⁰⁵ Vale dizer, há de se distinguir impossibilidade financeira de ausência de prioridade política.

No Resp 1.366.331²⁰⁶ – RS (julgado em 19-12-2014) o mesmo Min. Humberto Martins voltou à análise das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, dizendo que aquela remonta ao direito romano na máxima de que não se pode exigir da ação humana a feitura de algo impossível (*Impossibilium nulla obligatio est*). Estaiando-se na visão do Tribunal Constitucional Alemão, o Ministro Humberto Dias sustentou que a dimensão fática da teoria da reserva do possível vincula o problema da escassez e essa escassez importa a escolha de prioridades e estas são tomadas por decisões administrativas. Embora a regra seja no sentido da discricionariedade do administrador na definição das prioridades, há um núcleo de direitos que não podem, **em hipótese alguma**, serem preteridos, pois constituem o fundamento e objetivo primeiro do Estado Democrático de Direito. Portanto, a realização de direitos fundamentais não é opção do administrador, não é resultante de um juízo de discricionariedade, não pode ser compreendido como mera opção política. “Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana - liberdades civis, direitos prestacionais essenciais como a educação e a saúde etc. - não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador”.

205 “...se há insistido en la necesidad de crear indicadores que pudieran servir como parámetro para distinguir, por ejemplo, si el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos sociales há de atribuirse a la falta de capacidad o, en cambio, a la falta de voluntad política” (PISARELLO, 2007, p. 69).

206 Disponível em

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1366331&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 22-05-2017.

Em julgamento recente, datado de 03-05-2017, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro (STJ) afetou ao rito dos recursos repetitivos, estabelecido no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil brasileiro, a controvérsia do Recurso Especial nº 1.657.156-RJ²⁰⁷, delimitada à obrigatoriedade (ou não) do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais). Por certo, no centro das discussões do futuro julgamento do recurso estará o princípio da reserva do financeiramente possível como princípio colidente à efetivação do direito *prima facie* à saúde.

Conforme o estabelecido pelo art. 194 da Constituição Federal, a *seguridade social* compreende a *saúde*, a *previdência* e *assistência social* e conta com variada fonte de custeio. Vale dizer: a seguridade social é gênero, do qual a saúde, a previdência e a assistência são espécie.

Merecem destaque, dentre as fontes de custeio da seguridade social, a Contribuição Previdenciária para o Regime Geral da Previdência Social (RGPS); a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das Empresas (CSLL); a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins); a Contribuição para o PIS/Pasep; e as contribuições sociais sobre o concurso de prognósticos (loterias).

Também de importância mostrou-se a Emenda Constitucional (EC)

207 Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1657156&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 22-05-2017.

nº 31, de 14-12-2000, que criou o “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, vinculando recursos orçamentais especificamente com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida²⁰⁸, com a expressa ressalva da impossibilidade da desvinculação dos recursos²⁰⁹ (art. 80, § 1º, ADCT).

Lastimavelmente, a EC nº 31 teve vigência limitada no tempo até 2010 e, após, através do artifício da chamada desvinculação das receitas²¹⁰, aquilo que deveria custear exclusivamente a seguridade social, acabou por ser canalizado para outras destinações, segundo a discricionariedade do administrador e conveniências político-administrativas, que não necessariamente correspondem à garantia, promoção e efetivação dos direitos fundamentais sociais à saúde, ou mesmo à seguridade social enquanto gênero.

208 Art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

209 Art. 80, § 1º, ADCT.

210 Na redação emprestada ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pelas Emenda Constitucional nº 93, “são desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data”. A desvinculação das receitas da União (DRU) nada mais é que um mecanismo que permite ao governo federal usar livremente 30% de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. A principal fonte de recursos da DRU são as contribuições sociais, que respondem a cerca de 90% do montante desvinculado. Na prática, a DRU permite que o governo aplique os recursos destinados a áreas como educação, saúde e previdência social em qualquer despesa considerada prioritária e na formação de superávit primário. A DRU também possibilita o manejo de recursos para o pagamento de juros da dívida pública. Fonte: BRASIL. <http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/dru>, acesso em 08-05-2017.

No cenário jurídico brasileiro, a defesa da chamada *reserva do financeiramente possível* exige muito mais do administrador que a sua simples alegação, como defesa para a não efetivação do direito social fundamental à saúde. Por certo, quando o governo destina a outras finalidades (segundo seus interesses e conveniências administrativas ou políticas) os recursos que originariamente deveriam custear o direito social à saúde (e a seguridade social como um todo), e quando nem o mínimo orçamental, constitucionalmente estabelecido, o administrador logra aplicar na implementação e custeio dos serviços de saúde, dificilmente poderá escudar-se sob a alegação ou afirmação da insuficiência dos recursos financeiros e orçamentais²¹¹.

Por essas razões, no caso brasileiro, a simples alegação da reserva do possível não basta para justificar a não implementação dos direitos sociais, competindo ao administrador destinar, obrigatoriamente, aquele mínimo orçamental para o custeio da garantia da saúde da população, sendo que, no processo de escolha e tomada de decisões, em observância à força normativa da Constituição, impõe-se priorizar a realização das regras e dos objetivos fundamentais da Carta e, em especial, a efetivação dos direitos fundamentais, exigindo a máxima concreção possível. E não se mostra sem propósito a referência no sentido de que a proteção insuficiente de um direito equivale mesmo à não proteção.

A utilização da reserva do possível como cláusula aberta, sem conteúdo definido e determinante de ativismo judicial, foi motivo de crítica apontada

211 Como quer Geraldo Pisarello, “*es verdad, los poderes públicos no pueden ser obligados a cumplir con lo imposible. Sin embargo, como se há insistido antes, lo económicamente 'posible' o 'razinable' es algo que debe ser probado, y no presumido*” (PISARELLO, 2007, p. 102).

por Iris Catarina Dias Teixeira, a dizer que, no julgamento do ARE nº 639337, não houve efetiva ponderação em concreto entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível²¹². O caso dizia com a imposição, ao Estado de São Paulo, da efetivação de matrículas de crianças na pré-escola em instituições próximas de suas residências ou do endereço de trabalho dos seus responsáveis. No caso em específico, temos dificuldade de entender como justa a crítica apontada, uma vez que voto condutor do julgado²¹³ destina nada menos que 12 páginas para discorrer sobre reserva do financeiramente possível, com a afirmação, em determinada altura, que: *“a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada , pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”*.

Na exata extensão do julgado acima indicado, temos que para além da destinação mínima de recursos, que exige do administrador a aplicação de percentuais específicos do orçamento público para a realização do direito à saúde, a ideia de inviolabilidade da dignidade humana aparece como fator preponderante no confronto entre a situação de ausência ou inefetividade do direito social e a alegação de insuficiência dos recursos disponíveis.

212 TEIXEIRA, 2015, p. 66.

213 Disponível para consulta em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2E%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j452eq5>. Acesso em 06-06-2016.

No que tange à dignidade da pessoa humana, fundamental mostra-se a lição de Jorge Reis Novais²¹⁴ quando refere que, no pós-guerra, como resultado da tomada de consciência decorrente das experiências autocráticas anteriores, a dignidade da pessoa humana adquiriu foros de relevância jurídica e, sem perder a qualidade de *valor moral*, legitimador da força normativa da Constituição do Estado de Direito, transformou-se em *dever jurídico*.

A dignidade da pessoa humana aparece na Constituição Brasileira já no seu primeiro artigo e é apontada como um dos fundamentos da República e, por definição, do próprio Estado Democrático de Direito. É no conceito de dignidade da pessoa humana que repousa a unidade de sentido, de valor e de concordância prática dos direitos fundamentais²¹⁵. É ela a fonte ética dos direitos, liberdades e garantias pessoais, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais comuns.²¹⁶

Na Constituição da República de Portugal, a expressão igualmente figura já no art. 1º, para declarar que a comunidade política dos Portugueses está baseada na dignidade da pessoa humana. Conforme Jorge Miranda, a Constituição Portuguesa confere uma unidade de sentido, de valor e concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, fazendo repousar na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.²¹⁷

214 NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 51.

215 MIRANDA, 2014, p. 219.

216 MIRANDA, 2014, p. 219.

217 MIRANDA, 2014, p. 219.

Para Jorge Reis Novais, a dignidade da pessoa humana não é apenas mais um princípio constitucional dentre vários, uma vez que é apresentada como base sobre a qual se assenta a República Portuguesa, e, assim, reclama consequências normativas à altura do lugar especial que lhe foi reservado pela Lei Fundamental²¹⁸.

Luís Roberto Barroso, na busca da construção de um conceito jurídico da dignidade humana, afirma que ela e os direitos fundamentais encontram-se intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda²¹⁹. Uma voltada para a filosofia, expressando os valores morais que singularizam as pessoas, outra voltada para o direito, contemplando os direitos fundamentais²²⁰. O mesmo autor identifica, como sendo o conteúdo mínimo da ideia de dignidade da pessoa humana: a) o *valor intrínseco* de todos os seres humanos, assim compreendido com um valor e não um preço, na reta influência da filosofia de Kant, que impõe o afastamento de postulados utilitaristas e autoritários; b) a autonomia de cada indivíduo, como elemento ético, fundamentado no livre arbítrio e autodeterminação no processo de tomada de decisão; e c) a possibilidade de restrições legítimas impostas em nome de valores sociais ou interesses sociais, onde a autonomia

218 “A dignidade da pessoa humana não surge constitucionalmente consagrada como um dentre vários outros princípios constitucionais, mas como base em que se assenta a República, o que, sem tem um significado preciso e imediatamente apreensível, há-de ter, para a afirmação constituinte ser levada a sério, consequências normativas relevantes e correspondentes ao lugar especial que lhe foi reservado na Constituição” (NOVAIS. 2016(A), p. 19-20).

219 Jorge Miranda leciona a inexistência de uma relação histórica entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana. Sustenta que a ligação jurídico-política entre eles começa com os grandes textos internacionais (Carta das Nações Unidas; Declaração Universal dos Direitos do Homem), e as Constituições subseqüentes à segunda guerra mundial (Preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 e art. 1º da Constituição Alemã de 1949) (MIRANDA, 2014, p. 215-216).

220 BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**, A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75.

individual é restringida por valores, costumes e direitos de outras pessoas igualmente livres e iguais²²¹.

É a dignidade da pessoa humana que confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, sendo que tanto os direitos, liberdades e garantias pessoais, como os direitos sociais, econômicos e culturais radicam, na dignidade da pessoa, a sua fonte ética.²²²

Nas leis de Kant, na citação feita por Jorge Miranda²²³:

- *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente, como um fim e nunca simplesmente como meio.*
- *No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço e, portanto, não equivalente, então tem ela dignidade.*

Nesse sentido, a dignidade humana surge como barreira intransponível, como limite último que não pode ser ultrapassado pelo Estado enquanto unidade de poder e sujeito passivo da obrigação de direito fundamental social²²⁴. E, igualmente, no que diz com o direito fundamental à saúde, no limite da

221 BARROSO, 2014, p. 72-87.

222 MIRANDA, 2014, p. 219.

223 MIRANDA, 2014, p. 229.

224 Estamos aqui igualmente de acordo com Jorge Reis Novais, quando afirma a vinculatividade

prestação mínima, está a preservação da dignidade humana como fator último e barreira intransponível corresponde à garantia do mínimo existencial²²⁵.

Quanto ao mínimo existencial, este não se confunde com a simples garantia de sobrevivência, ou, como leciona Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, um mínimo fisiológico ou vital.²²⁶ No Estado Democrático de Direito, o mínimo existencial exige a compreensão no sentido de um mínimo social, com uma extensão variável segundo os padrões e realidades circundantes, notadamente segundo os parâmetros culturais, sociais e econômicos de cada Estado²²⁷.

A ideia de vida com dignidade e o mínimo existencial encontram-se indissociavelmente relacionadas no âmbito do Estado Democrático de Direito, uma vez que a simples existência não basta para se conformar como uma existência com dignidade. Não é a dignidade humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade, que constituem o objeto precípua e núcleo essencial dos direitos fundamentais. Basta a lembrança de que a preservação do mínimo existencial nos campos de concentração nazis criaram e conformaram o que de pior

jurídica absoluta do comando constitucional da dignidade da pessoa humana, embora não estejamos certos da conseqüente afirmação feita pelo autor no sentido de que o conteúdo é aberto e relativizável (NOVAIS, **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade inconstitucionalidade. v. II. Coimbra: Almedina, 2016(B), p. 157.

225 Luís Roberto Barroso afirma que o mínimo existencial está no cerne da dignidade humana, e que a autonomia não pode existir onde as escolhas são ditadas apenas por necessidades pessoais. BARROSO, 2014, p. 87.

226 SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em formato eletrônico em http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao_024/ingo_mariana.html – Acesso em 31-08-2015.

227 Luís Roberto Barroso, citando Jünger Hebermans, fala em “direitos básicos para prover as condições de vida que são socialmente, tecnologicamente e ecologicamente garantidas”. (BARROSO, 2014, p. 85).

houve na história recente do mundo no sentido da coisificação do ser humano.

Assim, o mínimo existencial aponta, no Estado democrático de Direito, para um mínimo existencial conforme uma noção de existência com dignidade. Trata-se, assim, de um mínimo existencial qualificado pela noção de dignidade da pessoa humana. Dignidade esta compreendida como condição de sobrevivência, verdadeira autodeterminação e capacidade de gerir com autonomia a própria vida. Ou seja, condições materiais de vida digna.

É assim que a norma do artigo primeiro da Constituição da Organização Mundial de Saúde²²⁸ deve ser compreendida quando apresenta como objetivo precípua a aquisição, por todos os povos, do *nível de saúde mais elevado que for possível*. Idêntica norma deve extrair-se do texto do art. 12, número 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²²⁹, quando reconhece o direito a toda pessoa de desfrutar o *mais elevado nível possível* de saúde física e mental.

Compreender de forma diversa significaria reduzir a dignidade da pessoa humana à garantia do próprio direito à vida, quando a história mostra, à sociedade, que nem sempre tão somente a preservação da vida correspondeu ou

228 Documento elaborado na Cidade de Nova Iorque, em 22 de julho de 1946. Disponível na rede mundial de computadores em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>, acesso em 02-10-2015.

229 Documento aberto à assinatura em Nova Iorque, em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e mandado executar pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível na rede mundial de computadores em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>, acesso em 02-10-2015.

significou a preservação da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se que, sob essa óptica, há um núcleo intangível do direito fundamental social à saúde, que se constitui em verdadeiro e inviolável direito subjetivo do cidadão, e que reclama o reconhecimento de imediata e direta justiciabilidade, com a decorrente possibilidade de extração de consequências concretas diretamente da norma constitucional²³⁰ a despeito de uma eventual baixa densidade ou da alta indeterminação semântica do texto.

É esse núcleo essencial que não se conforma à discricionariedade política e que constitui verdadeiro espaço indisponível ao poder. Núcleo que exige a contenção do político e impede tanto a *proibição do abuso* como a *proteção deficiente*.²³¹

Como já acima apontado, quanto maior for a densidade normativa conferida à norma de direito fundamental social, maior será a possibilidade da defesa e da garantia de efetivação judicial deste mesmo direito; mas isso não significa dizer que a inércia (justificada ou não) do legislador, ou do administrador, possa impedir a extração de consequências diretamente do texto constitucional e,

230 Discorrendo sobre o ponto, Luís Roberto Barroso afirma que, embora a controvérsia em alguns países, o mínimo existencial está no núcleo essencial dos direitos sociais e, apesar das dificuldades, *a ideia de direitos sociais mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, não sendo inteiramente dependentes da ação legislativa, foi aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha, África do Sul e Brasil* (BARROSO, 2014, p. 85).

231 Como leciona Ingo Sarlet, a Constituição Brasileira, ao contrário da Portuguesa e Alemã (apenas para citar as mais influentes entre nós), não estabeleceu, de forma expressa, uma “garantia do núcleo essencial” dos direitos fundamentais. Entretanto, pela natureza eminentemente declaratória de uma cláusula neste sentido, referida ausência jamais impediu o seu reconhecimento” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.345).

assim, possibilitar seja alcançado ao cidadão efeitos concretos relacionados à garantia de preservação mínima do núcleo intangível do direito fundamental.

No limite da efetivação do direito social à saúde haverá, por óbvio, uma colisão entre diversos vetores. De um lado, a reserva orçamental, a separação de poderes, a discricionariedade política na definição da forma de prestação e efetivação dos direitos sociais. Do outro, o direito fundamental à saúde, a preservação do núcleo essencial do direito protegido, a proteção do mínimo existencial (que não se resume ao mínimo fisiológico) e, no limiar, a intangibilidade da dignidade da pessoa humana²³².

E, na colisão entre normas, aquela que se mostrar prevalente, diante das circunstâncias fáticas (necessidade e adequação) e jurídicas específicas (princípios contrapostos) do caso concreto, deverá preponderar sobre a outra, possibilitando, assim, a perfeita adequação e manutenção do sistema, bem como a coexistência das normas aparentemente antitéticas e colidentes.

Alexy apresenta a distinção entre regras e princípios como a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais²³³.

232 Cláudia Monge vai falar que “*Urge, no entanto, determinar a linha de fronteira entre aquilo que é admissível e opera a 'restrição' em função dos meios e recursos disponíveis e a responsabilidade por omissão. A dependência da realidade económica e social é paradigmática nos direitos sociais, mas a ausência de meios para prestação de cuidados de saúde pode resultar na lesão de direitos, liberdades e garantias, de direitos pessoais, que não podem ser refreados por tais condicionamentos. Para esta problemática saúde – prestação de cuidados de saúde/carência de recursos – deve ser encontrada uma solução equilibrada. Na ponderação conjunta das necessidades de saúde e dos recursos disponíveis, não podemos deixar de garantir o conteúdo mínimo do direito social à proteção da saúde, sem bulir com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana*” (MONGE, 2002, p. 103).

233 ALEXY, 2015, p. 85.

Reunindo regras e princípios sob o conceito de norma, pois ambos dizem o que deve ser podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas, de permissão e proibição, mostrando-se como razões para juízos jurídicos, Alexy chega à conclusão que a distinção entre regras e princípios diz com a distinção entre duas normas²³⁴.

E no conflito entre duas normas, não solucionável pelos critérios da hierarquia, anterioridade ou especialidade, ou mesmo pelo critério da cláusula de exceção, a solução exigirá o juízo de ponderação²³⁵, guiado segundo o princípio da proporcionalidade e seus sub-princípios da adequação/idoneidade, necessidade e ponderação propriamente dita, que diz com a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Nas leis de Alexy, *quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior tem de ser a importância do cumprimento do outro* (primeira lei); e *quanto mais grave pesar uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção* (segunda lei).²³⁶

É certo que a proporcionalidade mostra-se incontornável para a solução dos conflitos entre normas, especificamente nos conflitos na forma parcial-parcial, onde parte do conteúdo de uma mostra-se inconciliável com parte do

234 ALEXY, 2015, p. 87.

235 Nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, *a ponderação consiste numa operação de pesagem e balanceamento concreto entre princípios constitucionais simultaneamente aplicáveis a uma situação problemática. Dela decorre a prevalência aplicativa de um princípio sobre outro e a subsequente extração de um critério específico de decisão a partir do seu enunciado* (MORAIS, 2014(B), p. 674.

236 Assim, em: LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014, p. 443-444.

conteúdo de outra.

No contraponto, avultam em importância para a discussão as formulações apresentadas por Carlos Blanco de Moraes²³⁷ sobre a legitimidade e a convocabilidade da ponderação pela Justiça Constitucional. São elas:

- a) A técnica da ponderação, no contexto de um juízo estrito de proporcionalidade, em que colidem dois princípios constitucionais convocados para solucionar um caso que envolve uma lei restritiva de direitos fundamentais, constitui uma via metódica usada por todos os tribunais constitucionais;*
- b) A ponderação não substitui, no processo de interpretação de um princípio normativo, nem o programa interpretativo nem o âmbito normativo, sendo, antes, uma operação de concretização com caráter autônomo que deflui das duas fases referidas;*
- c) A justificação da atribuição de um maior peso a um princípio sobre outro, num processo de concretização estribado na técnica da ponderação assenta, essencialmente, na pertinência da argumentação jurídica e técnica, e menos em fórmulas matemáticas, incapazes de quantificar com rigor, elementos quantitativos de expressiva relevância;*
- d) Salvo situações onde a Constituição imponha a convocação de testes da ponderação à luz do princípio da proporcionalidade, o recurso a esta via deve assumir natureza subsidiária; e*
- e) A permeabilidade da ponderação ao subjetivismo do intérprete e à*

237 MORAIS, 2014(B), p. 681-684.

transferência da decisão política para os tribunais justificaria a adoção de critérios restritivos quanto à sua convocação.

Portanto, todos os direitos são, por definição, limitáveis, com a particularidade que, em relação aos direitos fundamentais, esta limitação encontra limites que dizem, no extremo, com a preservação do conteúdo nuclear mínimo do bem *jusfundamental* protegido pela norma jurídica Constitucional. No julgamento da pertinência da restrição ao direito fundamental, competirá ao Tribunal Constitucional a análise não somente formal da possibilidade da restrição frente ao sistema normativo constitucional, como igualmente a análise da adequação material da medida, uma vez que tanto o *abuso da restrição* como a *insuficiência da proteção*, possuem como limite o núcleo essencial do direito fundamental assegurado e que, por fim, garante a intangibilidade da dignidade da pessoa humana. No Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, como sustenta Jorge Miranda, ocupa posição de prioridade, uma vez que confere a unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. A busca do conteúdo normativo mínimo da dignidade da pessoa humana exige a sua compreensão como *valor intrínseco* de todos os seres humanos e como dever jurídico indisponível. É assim que toda medida de restrição, encontra limite último na intangibilidade da dignidade da pessoa humana.

9- Dois paradigmas jurisprudenciais para a distinção e identificação das demandas relativas ao direito à saúde

Os números do Poder Judiciário, já apontados no início do presente trabalho, demonstram a importância da análise e compreensão da chamada judicialização da saúde no Brasil. Com efeito, de forma anômala e não recomendável, o Poder Judiciário brasileiro está a ser chamado a intervir no sistema de saúde de forma expressiva e intensa, e essa intervenção, por sua dimensão, acaba por comprometer qualquer tentativa de racionalização do sistema e mesmo a organização político-administrativa da prestação social relativa à saúde²³⁸.

Essa crescente busca individual pela garantia do direito social à saúde²³⁹ decorre já da crescente desigualdade social e verdadeiro alijamento da população mais carente do acesso a serviços públicos básicos, valendo aqui a referência no sentido de que o Brasil figurou na posição 75º na classificação segundo o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), publicada pelo Relatório do Desenvolvimento Humano – 2015, do Programa das Nações Unidas para o

238 Entretanto, essa interferência do jurídico sobre o político parece ser incontornável no Estado Democrático de Direito, em razão do deslocamento da esfera de tensão para o âmbito jurisdicional. Tal como apontado por Lênio Luiz Streck, “o direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais sociais” (STRECK, 2014(B), p. 69.).

239 Em levantamento realizado no Estado de São Paulo, restou demonstrado que no ano de 2001 o volume de “ações de medicamentos” representava 11% do total de demandas propostas contra o Estado, volume este que saltou para 85% no ano de 2007. Vale dizer que, no Estado de São Paulo, de cada 100 novas ações propostas contra o Estado, no ano de 2007, 85 veiculavam pretensões relativas à dispensação de medicamentos (YOSHINAGA, Juliana Yumi. **Judicialização do direito à saúde**: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 24 – dez/jan/fev 2011. Salvador. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>>. Acesso em: 23-05-2017).

Desenvolvimento (PNUD).²⁴⁰

Importa referir aqui que as preocupações como a lançada por Jorge Reis Novais²⁴¹ no sentido de que somente os setores mais favorecidos da sociedade poderiam recorrer ao judiciário, não possui tamanha importância entre nós, diante da gratuidade judiciária e sistema de portas abertas dos foros.

Igualmente não comungamos da preocupação de Patrícia Werner, quando sustenta que, ao analisar as ações propostas em face do Estado de São Paulo, verifica que a maioria das demandas são patrocinadas por advogados particulares e conclui que o acesso à justiça possui um caráter discriminatório, alijando a camada mais pobre da população, carente de recursos para tanto²⁴². E não comungamos da preocupação, porque tão somente o dado apontado, qual seja, que a maioria das demandas são patrocinadas pela advocacia particular, não permite a conclusão de que somente os ricos logram ultrapassar os umbrais dos fóruns.

Para além dos serviços das Defensorias Públicas (Estaduais e da União), que certamente podem não absorver a *totalidade* das demandas, da *totalidade* da população carente nacional; os Núcleos de Assistência Judiciária, das faculdades de direito espalhadas por todo o país, prestam, igualmente, serviços à população de menor poder aquisitivo, e esse universo de demandas, seria enquadrado, no dado apresentado por Patrícia Werner, como demandas

240 Disponível para consulta em <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf>, acesso em 10-05-2017.

241 NOVAIS, 2010, p. 27

242 WERNER, 2008, p. 98 e 104.

patrocinadas por advogados particulares.

Outro fator preponderante para justificar a apontada prevalência de advogados particulares a patrocinar demandas de saúde, diz com o número de profissionais existentes em nosso país, todos buscando “um lugar ao sol” no mercado, bem como um meio de subsistência digna. Esses profissionais aceitam patrocinar esse tipo de demanda *pro bono*, satisfazendo-se apenas com a remuneração decorrente dos honorários da sucumbência²⁴³. Como as demandas de saúde costuma ser rápidas e com alto índice de procedência, é compreensível o interesse dos profissionais da advocacia particular em patrocinar referidas demandas.

Também mostram-se frequentes as formações de associações de pessoas portadoras de determinada doença, que acabam por contratar advogados, ou que possuem, dentre os seus associados, advogados, que aceitam patrocinar as demandas relativas aos interesses dos associados.

Por fim, não desconsideramos, parcela valorosa de profissionais que, movidos exclusivamente por sentimentos humanitários²⁴⁴ ou de dever social (especialmente aqueles formados em faculdades públicas), veem no patrocínio de causas de pessoas carentes uma forma de cumprir relevante papel comunitário.

243 No sistema processual brasileiro, o vencido resta condenado a pagar honorários de sucumbência ao patrono do vencedor, sendo esta verba reconhecida com sendo do advogado. Assim o art. 85 do Código de Processo Civil e art. 23 do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/94.

244 Sim, isso existe e não é pouco frequente, mesmo em épocas de individualismo extremado como a que vivemos. A essas pessoas, cientes e conscientes da existência de uma obrigação social, nosso respeito e admiração.

Assim, o fato de *a maioria* das demandas, que reclamam ações de saúde, serem patrocinadas por advogados particulares, pode significar muita coisa (inclusive o vício apontado por nós na nota 229, *infra*), mas não permite a conclusão de que o pobre está alijado da possibilidade de recorrer ao processo.

Talvez o dado relativo ao número de processos onde a parte litiga sob o pálio da assistência judiciária gratuita possa melhor refletir o nível de acesso do pobre ao judiciário.

No embate entre as opções políticas concretizadoras dos serviços públicos de saúde e as pretensões individuais postulando serviços específicos e particulares, parece que o Poder Judiciário acabou por prestar um verdadeiro desserviço à sociedade, com decisões que compreenderam o direito à saúde como um direito irrestrito, absoluto, não sujeito à ponderação, como se o Estado pudesse dar “tudo” a “todos”, sem qualquer limite. Parcela significativa da magistratura brasileira acabou por fazer tábua rasa do disposto no art. 6º da CF/88. Visualizando, no dispositivo constitucional, a existência de uma obrigação estatal incondicional, ampla e irrestrita na concretização do direito à saúde, acabou por impor, ao Estado, a dispensação de *tudo* que lhe é postulado no âmbito do direito à saúde, determinando o fornecimento indiscriminado de medicamentos, insumos ou atendimentos, com a desconsideração absoluta das políticas públicas existentes e dos reais interesses em causa²⁴⁵.

245 Em resposta à publicação da Interfarma (Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa), na cartilha publicada “Por que o brasileiro recorre à Justiça para adquirir medicamentos”, a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) aponta que o fenômeno da judicialização mostra-se complexo e expressa desde necessidades legítimas do cidadão, não atendidas pelo Estado, a artifícios para contornar a legislação brasileira e até mesmo fraudes grosseiras contra o erário, como as apuradas no Estado de São Paulo, ilícitos estes que já gerou

Ao assim agir, o Poder Judiciário acabou por emprestar guarida não apenas a pretensões que efetivamente buscavam assegurar o verdadeiro núcleo essencial do direito à saúde, mas, também, a pretensões abusivas e desproporcionais, capazes de inviabilizar, de forma absoluta, qualquer possibilidade de estruturação administrativa. Como exemplo máximo da posição aqui criticada pode-se apontar as decisões que impuseram ao Estado a dispensação da *fosfoetanolamina* para o tratamento de câncer, mesmo diante da inexistência de autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA²⁴⁶) para a produção ou comercialização da droga ou de estudo científico a demonstrar a eficácia e segurança do produto no tratamento da doença.

Juliana Yumi Yoshinaga, Procuradora do Estado de São Paulo, em artigo publicado na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, apresenta relevantes dados relativos a ações de saúde no Estado de São Paulo, citando diversas pesquisas realizadas. Dentre os dados apresentados, chama a atenção o

perdas de mais de R\$ 1 (um) bilhão de reais ao orçamento da União no ano de 2015, isso sem contar as perdas de Estados e Municípios. O documento encontra-se disponível em: <http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimento_Interfarma_08.08.2016.pdf>. Acesso em: 27-05-2017. No mesmo sentido, Juliana Yumi Yoshinaga, fazendo referência a pesquisa publicada por Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas, do ano de 2008, aponta que 21,25% das ações analisadas foram propostas por advogados particulares financiados por organizações não-governamentais, sendo que a maioria dos demandantes (67,65%) não sabia nem ao menos declinar o nome da associação que patrocinou sua demanda judicial, e, com base neste dado, intui a possibilidade do financiamento das demandas pela própria indústria farmacêutica (YOSHINAGA, 2011,p. 11).

246 ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia especial de âmbito nacional, criada pela Lei nº 9782/99. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>, acesso em: 27-05-2017.

dado no sentido de que apenas no ano de 2008, a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo dispendeu R\$ 63.000.000,00 (sessenta e três milhões de reais) em demandas fraudulentas²⁴⁷.

Partindo dos resultados da audiência pública nº 4 do STF (Supremo Tribunal Federal), realizada entre abril e maio de 2009, e atento ao número de demandas em tramitação referentes ao tema do direito social à saúde, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), criou²⁴⁸ um grupo de trabalho para elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às ações de saúde. O resultado dos trabalhos do grupo culminou com a aprovação da Recomendação nº 31²⁴⁹, e a consequente criação do Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, pela Resolução nº 107, de 06-04-2010²⁵⁰.

Para além das providências levadas a efeito pelo CNJ, a jurisdição dos Tribunais passou a buscar uma maior uniformidade no enfrentamento da matéria relativa ao direito à saúde, ampliando a discussão acerca do conteúdo material do direito social, sua extensão e possibilidade de concretização.

Para uma melhor compreensão, faz-se necessária uma análise, ainda que superficial, do conteúdo da decisão lançada na **Suspensão de Tutela**

247 YOSHINAGA, 2011, p. 11.

248 A criação foi levada a efeito pela Portaria CNJ nº 650, de 20-11-2009, publicada no DOU, Seção 2, em 24/11/2009, p. 35-36.

249 Disponível para consulta em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>>. Acesso em 19-05-2017.

250 Disponível para consulta em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em 19-05-2017.

Antecipada (STA) nº 175²⁵¹, do Supremo Tribunal Federal, julgada em 17-03-2010, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e do **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000**²⁵², julgado em 09-11-2016, pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, da relatoria do Desembargador Ronei Danielli. Estes dois julgados são aqui adotados como paradigmas porque seguem a trilha apontada pelo CNJ e servem para demonstrar a necessidade da perfeita identificação das demandas como fator necessário para a justa definição do conteúdo do direito social à saúde.

A análise resume-se a apenas estes dois julgados, porque figuram como marcos de importância ímpar no desenvolvimento da análise judicial das demandas de saúde. O primeiro, por representar uma tentativa concreta de uniformizar o entendimento da Suprema Corte Brasileira sobre o problema. O segundo, por significar a primeira iniciativa levada a efeito por um Tribunal de Justiça, através do recente instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, para parametrizar o primeiro grau de jurisdição.

251 Disponível para consulta em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693> Acesso em 22-05-2017.

252 Disponível para consulta em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/342784/Temas+Incidente+de+Resolu%C3%A7%C3%A3o+de+Demandas+Repetitivas+-+IRDR/98fab6a1-cfbc-4677-a81c-02818255285a>. Acesso em 22-05-2017.

9.1) a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Supremo Tribunal Federal

Naquele processo, a União buscava a suspensão de uma medida antecipatória de tutela²⁵³ que obrigava o Poder Público (a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza) à dispensação, em favor de uma jovem de 21 anos de idade, portadora de doença neurodegenerativa rara, do medicamento ZAVESCA (MIGLUSTAT), ao custo mensal de R\$ 52.000,00 (aproximadamente € 21.500 na cotação da época – 2,4 reais = 1 euro). A defesa da União escudou-se na alegação de **lesão à ordem, à economia ou à saúde pública** e seus argumentos foram: a) ausência de registro do medicamento na ANVISA (agência nacional de vigilância sanitária) e a consequente proibição de comercialização do produto no Brasil; e b) a ausência da previsão da utilização do medicamento postulado em protocolo clínico e diretrizes terapêuticas para o tratamento da doença. Também apresentou argumentos no sentido de que a decisão judicial desconsiderava a função exclusiva da administração na definição de políticas públicas, caracterizando, assim, indevida interferência do Poder Judiciário na esfera de decisão do Poder Executivo; e que não há responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS na prestação de ações concretas no âmbito do direito à saúde (registra-se que a ação foi proposta em face da União e, também, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza).

253 Antecipação de tutela é um instrumento processual empregado para antecipar provisoriamente, total ou parcialmente, os efeitos da tutela jurisdicional. Embora possua previsão específica em diversos procedimentos especiais (v.g. nas ações possessórias de força nova; na ação de mandado de segurança; na ação de interdição; nas ações de alimentos), possui uma normativa geral estabelecida no art. 273 do Código de Processo Civil e diz, precipuamente, com a tutela da urgência e/ou com a tutela da evidência. Para um maior aprofundamento do tema, ver BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 4. Tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Atento à importância do tema, a Presidência do Supremo Tribunal Federal convocou uma audiência pública, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, onde foram ouvidos 50 especialistas entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, juízes, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores públicos e usuários do SUS. O objetivo da audiência foi o alargamento do debate e a apropriação dos aportes emprestados pelos diversos ângulos de análise do sistema de saúde.

No voto condutor do julgamento do agravo regimental interposto nos autos da STA nº 175, o Ministro Gilmar Mendes analisou o dissídio doutrinário acerca da concretização e materialização do direito fundamental à saúde e enfatizou que os desafios encontrados no direito comparado (citando como exemplo a Alemanha, que praticamente não contém direitos sociais em sua Constituição; ou Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias, do regime constitucional dos direitos sociais), não se apresentam na realidade brasileira frente ao disposto no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal.

Partindo do já analisado em estudos doutrinários pelo próprio relator, sustentou que os direitos fundamentais não apresentam apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas uma postulação de proteção (*Schutzgebote*), e, valendo-se da posição de Claus-Wilhelm Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

Em razão da dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social, pontuou que parcela da doutrina defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal para a concretização satisfatória do direito social à saúde, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível. Já outros, defensores de uma atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, socorrem-se a argumentos como a indispensabilidade dos direitos sociais para a realização da dignidade humana.

Ancorando-se em J. J. Gomes Canotilho, Gilmar Mendes, no julgado em apresentação, faz referência inclusive à caricatura da chamada “metodologia fuzzy”²⁵⁴, para dizer que *a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável*.

Por competir ao Poder Judiciário a solução dos problemas concretos, que devem ser resolvidos levando em consideração todas as perspectivas que a questão de direito envolve, concluiu o Relator pela incontornabilidade do uso da ponderação para a solução das complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas, entre direitos individuais e bens coletivos.

Dissecando a redação do art. 196 da Constituição Federal, o Ministro Gilmar Mendes vislumbrou, nas expressões:²⁵⁵

254 A referência guarda relação com o texto que consta em: CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia 'fuzzy' e os 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p.100)..

255 MENDES; GONET BRANCO, 2015, p. 660-661.

a) direito de todos: tanto um direito individual como um direito coletivo à saúde. *“Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”*.

Com a expressa remissão ao voto do Ministro Celso de Melo, quando, do julgamento do AgR-RE nº 271.286-8/RS, sentenciou que *“a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”*, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Por conclusão, *“a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF/88, art. 197), legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apressa”*.

Para dizer que isso não pode significar um direito absoluto a todo e qualquer procedimento, valeu-se de citações do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF-MC nº 45, assim feita: *“desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado), devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes quaisquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal*

de realização prática de tais direitos”.

b) dever do Estado: expressão do dever prestacional do Poder Público, bem como base para o reconhecimento da solidariedade entre os entes da administração pública (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) enquanto responsáveis pela efetivação das políticas públicas e pelo cumprimento das obrigações decorrentes do direito fundamental à saúde.

c) garantido mediante políticas sociais e econômicas: a necessidade de formulação de políticas públicas capazes de tornar realidade o direito à saúde por meio de escolhas alocativas, com a necessária distribuição dos recursos mediante critérios distributivos.

d) políticas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos: a evidenciar um caráter preventivo na área da saúde.

e) políticas que visem ao acesso universal e igualitário: as políticas públicas devem alcançar a população como um todo, o que reforça a conclusão no sentido de uma responsabilidade solidária de todos os entes da Federação (União, Estados, Município e Distrito Federal), bem como a impossibilidade de tratamentos discriminatórios por preconceitos ou privilégios.

Com suporte no argumento de que a Constituição Brasileira prevê expressamente a existência de direitos sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestações (arts. 196, 201, 203, 205, 215 e 217), bem como minucioso

regramento acerca do sistema de financiamento da seguridade social, sem distinção entre direitos e deveres individuais e os direitos sociais, no que tange à aplicação imediata (art. 5, § 1º), concluiu que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise do contexto constitucional brasileiro e de suas peculiaridades.

A partir das informações coletadas na audiência pública realizada, Gilmar Mendes apontou como dados a serem considerados para a solução das demandas de saúde:

a) a existência, ou não, de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada;

b) na hipótese de não existência da política pública, a verificação se a *não-prestação* decorre de b.1) omissão legislativa ou administrativa; b.2) decisão administrativa de não fornecimento ou b.3) vedação legal à dispensação.

c) a existência de tratamento alternativo no âmbito do SUS, mas não adequado às condições pessoais do paciente; e a inexistência de tratamento específico, no âmbito do SUS, para determinada patologia.

9.2) Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nº 0302355-11.2014.8.24.0054/50000

A Lei nº 13.105, de 16-03-2015, estabeleceu um novo Código de Processo Civil (CPC) no direito brasileiro, com a pretensão de fazer cumprir a promessa constitucional de alcançar uma prestação jurisdicional célere e efetiva²⁵⁶. Dentre as novidades processuais incorporadas, o legislador trouxe para o ordenamento jurídico pátrio o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), instituto este inspirado no modelo da *Musterverfahren* do direito alemão, com o escopo último de alcançar uma resolução uniforme para demandas de massa que contenham a mesma questão de direito²⁵⁷.

O IRDR encontrou regramento no artigo 976 e seguintes do Código de Processo Civil (CPC), destinando-se à resolução de demandas repetitivas que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Encontram-se legitimados à postulação o juiz (ou relator), de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública. A competência para o processamento e julgamento do incidente é a do órgão

256 Na Constituição Federal Brasileira a celeridade processual, traduzida na expressão da **razoável duração do processo**, passou a integrar o rol dos direitos fundamentais (art. 5º, LXXVIII) com a EC nº 54/2004, sob a fórmula de que *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

257 Embora a expressa referência, constante da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil brasileiro, de inspiração no modelo alemão (*Musterverfahren*), o instituto brasileiro do IRDR parece diferenciar-se daquele, uma vez que limita a instauração para resolver questões exclusivamente de direito, confere a possibilidade da iniciativa *ex officio* ao juiz e a decisão projetada reflexos para as demais demandas pendentes ou futuras. Importante análise do *novel* instituto pode ser encontrada no texto de Gláucio Maciel Gonçalves e Victor Barbosa Dutra, *Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015*, disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p189.pdf, acesso em 13-04-2017.

competente e responsável pela uniformização de jurisprudência do tribunal e, uma vez admitido o incidente, poderá ser determinada a suspensão do andamento de todos os processos pendentes referentes à mesma matéria (individuais ou coletivos), sendo que a tese jurídica finalmente firmada no julgamento do IRDR será aplicada a todos os processos em trâmite no território de competência do tribunal.

Foi com suporte nessa nova ferramenta processual que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu por afetar a matéria trazida em recurso ordinário de apelação, na ânsia de alcançar uma uniformização do entendimento com a fixação da tese jurídica sobre o tema relativo aos limites da obrigação do poder público na efetivação do direito social à saúde.

No caso em julgamento, um cidadão postulou a condenação do Estado de Santa Catarina e do Município de Agronômica ao fornecimento dos medicamentos Vildagliptina + Metformina (GalvusMet®), Levotiroxina, Ezetimiba + Sinvastatina e Carvedilol, como condição para a preservação da sua saúde, por portador de diabetes mellitus tipo II, hipertensão, dislipidemia e hipotireoidismo. A demanda recebeu julgamento de procedência, em primeiro grau de jurisdição, e desafiou apelações interpostas por ambos os réus.

No recurso interposto, o Estado de Santa Catarina pontuou a ausência de legítimo interesse de agir da parte autora, pois parte dos medicamentos postulados na inicial integravam as listas públicas padronizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Também afirmou que o autor possuía rendimentos suficientes para arcar com o custo dos medicamentos, não havendo hipossuficiência econômica da

parte autora para justificar a condenação imposta à coletividade.

Já o Município de Agronômica afirmou a impossibilidade fática de cumprimento do conteúdo da condenação, determinada pela escassez das receitas municipais.

No processamento do incidente, a Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Santa Catarina (OAB/SC), na condição de *amicus curiae*, manifestou o entendimento no sentido da obrigação solidária dos entes federados na promoção do direito à saúde, independente da situação econômica do indivíduo, descabendo qualquer distinção entre medicamentos ou tratamentos padronizados ou não padronizados pelo SUS.

Por maioria de votos²⁵⁸ o Tribunal de Justiça de Santa Catarina resolveu o IRDR fixando as seguintes teses jurídicas:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e a adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

258 Restou vencido o Des. Ricardo Roesler no ponto relativo a item 1.1 (2).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e ponderação), além da reserva do possível.

O IRDR de Santa Catarina avulta-se em importância ao demonstrar a busca, pelo Poder Judiciário daquele Estado, de uma maior segurança jurídica na definição da extensão da proteção jurisdicional possível no âmbito do direito fundamental social à saúde.

Seguindo com muita proximidade as conclusões lançadas pelo STF no julgamento do agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Tribunal de Santa Catarina acabou por sustentar a necessidade de considerar a distinção entre as demandas relativas a ações positivas já padronizadas no âmbito

do SUS e aquelas pretensões que extrapolam as normativas definidas pela administração.

Após apontar dados relativos ao custo da judicialização da saúde²⁵⁹, o voto condutor do julgamento do IRDR afirma que, relativamente às demandas que pretendem a disponibilização de drogas ou terapias protocolares, vale dizer, medicamentos, procedimentos ou insumos que constam nas listas públicas e nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS, o papel do Poder Judiciário restaria limitado tão somente a fazer garantir a efetividade da legislação, havendo, na hipótese, indiscutível direito subjetivo individual do cidadão em face do poder público. E, como se trata de mero cumprimento de política pública já firmada em prol de toda a comunidade, não há espaço mesmo para a discussão da condição socioeconômica do paciente, pois o sistema público de saúde rege-se pelo princípio da universalidade. Em suma, assim é a tese jurídica firmada no item 1.1 do julgado.

Diversa mostra-se a conclusão quando a pretensão diz com medicamentos, insumos ou procedimentos não padronizados pelo SUS.

Para firmar a tese do item 1.2, o julgado inicia por distinguir mínimo

259 O relator, Desembargador Ronei Danielli, no corpo do voto condutor do julgado, fazendo referência ao conteúdo do Ofício nº 461/2016, da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina, pontuou que somente no ano de 2015 o Estado de Santa Catarina dispendeu cerca de cento e cinquenta milhões de reais (R\$ 150.000.000,00) para atender pouco mais de trinta mil (30.000) pacientes beneficiados por decisões judiciais, importando um custo médio de cinco mil reais (R\$ 5.000,00) por paciente. Também citou dados do ano de 2014, onde o valor dispendido para o atendimento de ordens judiciais em favor de cerca de vinte e seis mil (26.000) pacientes alcançaria o necessário para manter dois hospitais sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde (Celso Ramos e Nereu Ramos), por quase um ano, viabilizando o atendimento de quase cento e oitenta mil (180.000) pacientes.

existencial e máximo desejável em matéria de saúde. Para o mínimo existencial, o relator adere às lições de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo para distinguir mínimo existencial e mera garantia de sobrevivência física, bem como aproximar a garantia às condições materiais de vida saudável, vale dizer, vida com certa qualidade. Já quanto ao máximo desejável, o julgador lança mão de escrito do Ministro Luís Roberto Barroso, publicado pela Revista de Direito Social, nº 34 abr/jun/2009, da Editora Notadez, para dizer da impossibilidade de impor ao Poder Público a obrigação de fornecer todo e qualquer medicamento a toda e qualquer pessoa enferma.

Assim, para as demandas relativas a ações não padronizadas no âmbito do SUS, o voto condutor do julgado do IRDR em análise compreendeu pela não existência de um direito definitivo, sendo que a conclusão pela existência ou não de um direito subjetivo do cidadão (e conseqüente obrigação do Estado na concretização do direito reclamado) reclamaria, necessariamente, a ponderação dos valores jusfundamentais em colisão, segundo a máxima da proporcionalidade proposta por Alexy, com o sopesamento dos princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito), bem como a consideração das circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação).

Um segundo ponto de importância alisado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina diz com a capacidade econômica do cidadão que se encontra a postular a prestação positiva estatal relativa ao direito social à saúde.

Em suma, segundo a tese firmada pelo Tribunal catarinense, quando

a postulação corresponde à medicamento, procedimento ou insumo contemplado nas listas públicas do SUS, não há espaço para a discussão acerca da capacidade econômica do paciente. Considerando o caráter universal do sistema, o direito alcança a todos, independentemente de sua condição econômica.

Já se a pretensão do cidadão é a obtenção de providência que extrapola o conteúdo já definido e estabelecido nos documentos técnicos que emprestam densidade e estrutura ao sistema público de saúde, a discussão acerca da capacidade econômica daquele que postula a ação positiva estatal reclama consideração.

Tal conclusão coaduna-se perfeitamente ao entendimento antes apresentado que reconhece uma amplitude variável no espectro dos direitos sociais segundo a densidade normativa e a determinabilidade da prestação específica. Assim, para a hipótese de uma pretensão estaiada em uma norma de baixa densidade, o direito do indivíduo e consequente obrigação do Estado reclama a máxima discussão e análise das condições fáticas e jurídicas que envolvem questão, com a necessidade da ponderação como método para a busca da resposta adequada.

Como apontado, ambos os julgados apresentam elementos capazes de apontar um caminho seguro para o enfrentamento responsável das demandas relativas à efetivação do direito à saúde, na busca da justa composição entre a garantia do núcleo intangível da dignidade da pessoa humana e a priorização das políticas públicas definidas pelo poder público.

Acerca da jurisprudência pátria atual sobre a matéria, mais dois específicos pontos exigem breve abordagem, no presente ensaio. A primeira, guarda relação com o reconhecimento de uma solidariedade passiva entre os entes da federação, no que diz com a obrigação de prestações positivas no âmbito do direito à saúde e, a segunda, quanto ao limite das prestações diante da inexistência de protocolos clínicos.

Parte importante da doutrina nacional destina severa e contundente crítica ao entendimento firmado perante o STF, quando definiu que o cidadão pode demandar um ou todos os entes federados com quem se vincula, para buscar a defesa do direito à saúde. A crítica pode ser sintetizada na monografia já citada de Iris Catarina Dias Teixeira, quando a autora aponta lições de direito civil para dizer que a solidariedade não se presume, pois resulta da lei ou da convenção das partes²⁶⁰, bem como quando afirma que a competência comum dos entes da federação não implica responsabilidade solidária e sim atividade em cooperação. Para Iris Catarina, quando o Poder Judiciário definiu a solidariedade entre os entes da federação, praticou verdadeira mutação inconstitucional²⁶¹.

Reconhecemos que o Poder Judiciário Brasileiro pode ter incorrido em mutações (in)constitucionais, quando extraiu de “princípios” entendimentos como o da perda do cargo eletivo pela infidelidade partidária ou definiu a impossibilidade

260 TEIXEIRA, 2015, P. 78.

261 Nas palavras da autora: “*Sair de um discurso judicial no sentido de que os entes públicos devem atuar dentro de um espírito de solidariedade, para enveredar por uma mudança da Constituição Federal reformulando o próprio sistema constitucional de competências, é atitude que, a pretexto de realizar uma mutação constitucional, produz, na verdade, uma mutação inconstitucional*” (TEIXEIRA, 2015, p. 78).

do financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas²⁶². Mas, em absoluto, não estamos convencidos do acerto da crítica quanto ao entendimento acerca da solidariedade dos entes da federação quanto aos serviços de saúde em favor do cidadão.

Tomemos por base a redação do artigo da 196 da CF/88:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

Da própria estrutura do texto normativo parece exsurgir clara a conclusão no sentido de que o sujeito passivo da obrigação de “**dever garantir**” a saúde é o **Estado** (Estado em sentido amplo, englobando a União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal).

O artigo 198 da CF/88 confere a estruturação administrativa organizacional da rede de saúde, mas, em momento algum, parece estabelecer a irresponsabilidade ou isenção gradual dos entes da federação frente à assunção de atribuições pelo outro. O mesmo se diga da pretendida conjugação das disposições apresentadas nos arts. 21, inciso II do art. 23, inciso VII do art. 30, uma vez que nenhum delas altera o polo passivo da obrigação, tal qual apresentada pelo art. 196.

262 Medidas, frise-se, de todo importantes para a nação, mas que, a nosso juízo, competiam ser definidas pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário, ainda mais tomando por fundamento princípios de baixa densidade normativa.

A Lei 8.080/90, em perfeita correspondência à regra do art. 196 da CF/88, estabelece:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Na sequência, a Lei passa a estabelecer os objetivos e estruturação do sistema nacional de saúde, procurando ramificar, em forma de teia, as ações correspondentes, em uma lógica de descentralização político-administrativa.

Nem nos preocupamos em descer aos Decretos ou Portarias, uma vez que, pela hierarquia própria das normas, um Decreto ou uma Portaria não podem disciplinar a matéria em contradição ao que está estabelecido na Lei. Portanto, não caberia ao Decreto (menos ainda, à Portaria) disciplinar a responsabilidade exclusiva de um ou outro ente da federação, quando a Constituição e a Lei ordinária definiram a responsabilidade como sendo do Estado (no sentido amplo, englobando a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito

Federal) a responsabilidade pela garantia do direito à saúde da população.

E a questão da solidariedade resta ainda mais manifesta quando o direito em discussão diz com direito à saúde de criança ou adolescente, pois aqui haverá o acréscimo das regras dos art. 227 da CF/88, com a sustentação de toda a força da normativa da *doutrina da proteção integral* e da *prioridade absoluta*.

Para sepultar a questão, no âmbito jurisdicional, o STF submeteu ao regime de repercussão geral a Tese nº 793, que possui como paradigma o RE 855178, com o seguinte teor: “*o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes da federação, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente*”²⁶³.

Ao contrário dos críticos, parece-nos que a decisão alcançada pelo Poder Judiciário é a única possível diante do texto normativo da Constituição Federal, e da Lei do SUS (Lei nº 8.080/90), pois a estruturação político-administrativa não altera a responsabilidade primeira do Estado, na sua forma primitiva e mais ampla. No caso, a solidariedade decorre da lei, ou melhor, da Constituição, quando diz que a obrigação é do Estado.

Pensar diferente significaria isentar a União, que é quem detém as chaves do tesouro (quem sabe isentar até os Estados-membros), transferindo toda a

263 Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>>.

Acesso em 06-06-2017.

responsabilidade para os Municípios, consabidamente o elo mais frágil da federação, porque economicamente o mais débil. Igualmente impor um enorme ônus ao cidadão e restrição de acesso injustificado à jurisdição, uma vez que a Justiça Federal não detém a capilaridade da Justiça Estadual e tampouco a Defensoria Pública Federal alcança os sertões mais inóspitos do país-continente que é o Brasil.

A segunda palavra acerca da jurisprudência, diz com o que entendemos ser uma injusta crítica endereçada ao Poder Judiciário no que tange a condenações do Poder Público à dispensação de medicamentos fora das listas e protocolos.

Defendemos à exaustão, que a priorização das listas de medicamentos e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, estabelecidos com base na medicina de evidência, constitui questão fundamental para a estruturação do SUS. Entretanto, as obrigações do Estado não se limitam às listas e aos protocolos e isso não é o Poder Judiciário que, de *forma ativista e irresponsável*, estabelece ou impõe

A própria Lei do SUS (Lei nº 8.080/90) reconhece a insuficiência dos protocolos estabelecidos e, para esta hipótese, prevê a possibilidade da superação dos protocolos, com a dispensação de medicamentos, procedimento ou insumos outros, na forma ditada pelo seu art. 19-P. O único limite será o delineado pelo art. 19-T, que estabelece a impossibilidade de custeio de produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, de uso não autorizado, ou sem registro, na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Portanto, de modo bastante próprio, não atribuímos a perniciosa pecha de ativista (no sentido de voluntarista/decisionista) à decisão do Poder Judiciário quando, justificadamente, e com fundamentação jurídica racionalmente construída, frente à comprovada inexistência de protocolos, ou à ineficácia da terapêutica fornecida pelo SUS, supera as listas ou protocolos e impõe ao Poder Público a dispensação de medicamentos, procedimentos ou insumos outros, desde que regulamente aprovados e registrados pela ANVISA.

10- Aportes para a discussão de soluções

A realização de pesquisas dentro do Poder Judiciário ainda é incipiente no Brasil. Mesmo os números apresentados pelo CNJ são passíveis de contestação (por subdimensionados), uma vez que nem todos os processos encontram-se devidamente catalogados dentro de classes e naturezas específicas.

Não se diz que cada tribunal do país não saiba, exatamente, o número de demandas totais em andamento, em cada uma de suas unidades de jurisdição, pois este dado existe e é correto. Entretanto, a ausência de maiores critérios de registros de dados impede o conhecimento do tipo específico das demandas em tramitação em cada unidade²⁶⁴.

Quer-se com isso dizer que não há uma certeza, por exemplo, do número exato de demandas relativas à efetivação do direito à saúde; tampouco, dentro desse universo, o número de demandas onde se buscam medicamentos integrantes das listas do SUS; onde a postulação diga com medicamentos não aprovados pela ANVISA; de obtenção de leitos em hospitais; de realização de cirurgias, de procedimentos ou exames; de demandas postulando prestações na

264 Conforme relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul tramitavam, 4.638.089 processos no final de 2014 (2.934.559 iniciados no ano de 2013; 2.917.716 iniciados no ano de 2014). Pelotas é uma comarca de entrância final do interior do Estado do Rio Grande do Sul. A Cidade de Pelotas abriga a terceira maior população do Estado, com o número de 328.275 habitantes e renda per capita de R\$ 16.755 (IBGE/2012). Na comarca tramitavam 88.951 processos (em 30-09-2015, segundo relatório do sistema Themis-RS), sendo que destes, 13.410 processos tramitavam na 6ª Vara Cível especializada em Fazenda Pública. Quantos processos dizem respeito a ações de saúde? O sistema dá um número aproximado de 1.655 processos, mas estima-se mais que o dobro. Em levantamento simples realizado de longo do ano de 2014, registrou-se o ingresso de 416 novas demandas buscando prestações na área de saúde pública na 6ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública.

área da saúde bucal; insumos relacionados à qualidade de vida como alimentação enteral, fraldas descartáveis, sondas uretrais; transporte para tratamento fora do domicílio. Por certo, esse rol é meramente exemplificativo diante da dinâmica e diversidade das postulações que constituem o número de processos que tramitam nos foros de todo o país.

A tomar por base o constatado empiricamente na 6ª Vara Cível, Especializada em Fazenda Pública, de Pelotas-RS, no mesmo sentido do afirmado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento do AgR no STA nº 175, pode-se apontar que parcela considerável do problema retratado nas demandas trazidas ao Poder Judiciário não diz, primeiramente, com eventual ausência de políticas públicas, mas sim com a ineficiência ou insuficiência dos serviços e ações prestados pelo sistema gestor da saúde. Antes de tudo, resta possível a identificação de uma crise de implementação das políticas públicas e particularmente, uma crise relativa ao gerenciamento do sistema. Há programas, mas estes acabam por se mostrarem ineficientes e essa ineficiência constitui fator determinante da judicialização das questões envolvendo o direito à saúde.

Os processos que chegam ao poder judiciário dizem com pretensões não satisfeitas, porque o cidadão não recebeu o atendimento médico necessário ou o medicamento receitado; porque não obteve a cirurgia ou a prótese indicada; porque não restou internado no leito hospitalar indispensável ao tratamento ou não conseguiu o insumo reclamado para suprir suas necessidades.

Por regra, as pretensões encontram-se estaiadas em documentos

médicos que atestam a enfermidade, que indicam o tratamento adequado, que assinalam a urgência ou emergência da situação e que descrevem as consequências decorrentes da não realização (ou da realização fora do tempo) do tratamento ou procedimento receitado.

Ocorre que esse atendimento médico (via de regra) é obtido dentro do sistema público de saúde, e é o próprio sistema de saúde que acaba por negar a terapêutica indicada como necessária. Assim, o cidadão é atendido pelo Estado, que indica a terapêutica necessária, mas esse próprio Estado, por seus órgãos burocráticos, acaba negando o acesso a tal tratamento, contestando a receita que ele mesmo indicou por seus órgãos técnicos. É o Estado dizendo que o atendimento prestado pelo Estado não está correto.

Em razão dessa situação, o cidadão, vem (não raras vezes, pela Defensoria Pública) pedir ao Estado (juiz) que condene o Estado (administração) a fazer o que o Estado (legislador) impôs como obrigação legal e que o Estado (órgão técnico) apontou como necessário à preservação do direito. É um verdadeiro discurso de loucos! É o Estado, a pedir ao Estado (juiz), que condene o Estado (administração) a cumprir aquilo que o Estado (legislador) determinou.

Pela lógica do sistema estabelecido no Brasil, para a concretização do direito à saúde, a pessoa receberia o atendimento necessário na porta de entrada do sistema (por suas Unidades de Pronto Atendimento – UPAs; Hospitais de Pronto Socorro, Hospitais-Gerais, Unidades Básicas de Saúde – UBSs), restaria submetida aos exames clínicos e laboratoriais requisitados, obteria o pertinente diagnóstico e a

consequente terapêutica para o restabelecimento de sua condição de saúde. Todo o atendimento seria vinculado aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo próprio sistema, conferindo a estabilidade e previsibilidade necessária à estruturação dos serviços, que seriam alcançados à população de forma universal e integral.

Entretanto, a realidade brasileira demonstra a insuficiência e ineficiência das “portas de entrada do sistema”, a) com pessoas aguardando em filas intermináveis, pela consulta médica; b) com médicos sem condições materiais mínimas para prestar o devido atendimento; c) com pessoas mantidas em cadeiras, colchões ou macas, nos corredores dos hospitais, no aguardo de um leito adequado.

Além das dificuldades do acesso ao sistema, há restrições à obtenção de acesso a exames clínicos ou laboratoriais e consultas com especialistas, que se mostram necessários para o perfeito diagnóstico da enfermidade. Por sua maioria, as consultas, exames e diagnósticos especializado concentram-se nos grandes centros urbanos, deixando a população marginal à míngua.

Somam-se ao quadro as carências administrativas de gestão, a) atinentes à adequação da capacidade instalada frente a demanda existente, e à burocracia; b) relativas ao controle deficiente de estoque, armazenamento, dispensação e descarte adequado dos produtos médicos de toda ordem; e c) o descompromisso dos agentes públicos responsáveis pela prestação dos serviços.

Agrega-se, por fim, uma compreensão jurídica no sentido de que o direito à saúde é ilimitado e que o Estado encontra-se obrigado a prestar “tudo” a “todos”, e restará fácil compreender o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil.

Seguindo na tentativa da identificação das demandas, tal como apontado pelos paradigmas jurisprudenciais acima colacionados, os processos judicializados permitem visualizar que veiculam pretensões: a) medicamentos, insumos e serviços que integram as listas (básica, especial ou especializada, de alto custo) e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, mas que se encontram em falta ou indisponíveis nos balcões das farmácias pública ou locais de atendimento; b) medicamentos, insumos e serviços que extrapolam as listas e protocolos, embora passíveis de comercialização e prestação no Brasil; e c) medicamentos, insumos e serviços indisponíveis no mercado nacional, porque não aprovados pela ANVISA, ou porque necessitam de importação.

Os processos em tramitação nas diversas instâncias do Poder Judiciário Brasileiro permitem verificar que, em atendimentos prestados no âmbito do próprio SUS, sem uma maior justificativa, médicos do SUS acabam por receitar medicamentos não integrantes das listas públicas, ou, mesmo, receitam medicamentos segundo o nome comercial, em flagrante violação à legislação que obriga o profissional a indicar o medicamento segundo a Denominação Comum Brasileira (ou Internacional)²⁶⁵.

265 A Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, estabelece, por seu artigo 3º, que as prescrições médicas e odontológicas, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI).

Como o médico do SUS encontra-se legalmente obrigado a receitar, no âmbito da saúde pública, o medicamento identificado por sua denominação comum, e seguir a terapêutica estabelecida pelos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT), caberia ao próprio SUS exigir do seu prestador de serviço as justificativas necessárias, quando da indicação de um medicamento vinculado a um nome comercial (por vezes comercializado por um único laboratório) ou fora das listas públicas²⁶⁶.

Por respeito aos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, legalidade e eficiência²⁶⁷, poderia/deveria (ideia do poder/dever da administração) ser exigido do profissional, no mínimo, a declaração de conflito de interesses e o embasamento científico e técnico capaz de explicar os motivos da desconsideração dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, já estabelecidos pelos órgãos técnicos da administração, máxime quando o medicamento está a ser receitado em terapêutica *off label*²⁶⁸, vale dizer, em tratamento diverso daquele que foi inicialmente analisado e para o qual recebeu autorização de comercialização no país, pela ANVISA. Entretanto, isso não parece ser exigido, sob o amparo da falácia da independência do médico (do SUS) na eleição do **melhor tratamento** ao seu

266 Na resposta da CONITEC à Interfarma, já citado e disponível na rede mundial de computadores, em <http://conitec.gov.br/images/pdf/Esclarecimento_Interfarma_08.08.2016.pdf>, a Comissão aponta que a média, das principais agências de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) no mundo, incluindo a da própria CONITEC, está na volta de 40% de recomendações negativas de inclusão. *“Isso porque as inovações incrementais surgem em abundância e a todo o tempo. Costumam ter preços elevados, que raramente compensam os benefícios marginais que prometem. Suas vendas são impulsionadas por campanhas de marketing intensivas, dirigidas a prescritores e isso, em alguns países, é fator que deflagra as ações judiciais”*.

267 Art. 37, *caput*, da CF/88.

268 Para saber como a ANVISA vê a utilização de medicamentos *off label* de medicamentos, consultar http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_offlabel.htm. Acesso em: 25-05-2017.

paciente. Como se, ao lado do dever do Estado em fornecer “tudo” a “todos”, estivesse o médico do SUS autorizado a indicar a terapêutica que quisesse, segundo seu único arbítrio, isento de prestação de contas, com a possibilidade de desconsiderar a estruturação do SUS, estaiada na chamada medicina por evidência, e as avaliações técnicas relativas às incorporações de novas tecnologias²⁶⁹.

É certo que o cidadão (im)paciente não obterá, no âmbito da administração, o medicamento fora de lista receitado pelo médico, uma vez que as farmácias públicas somente disponibilizam, e possuem em estoque, aqueles medicamentos elencados nas listas e reconhecidos pelos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT) como efetivos, segundo os parâmetros da medicina de evidência, para o tratamento da enfermidade.

Essa impossibilidade de obtenção do medicamento no âmbito da administração restará trazida à análise do Poder Judiciário sob a forma de processo judicial, acrescentando às estatísticas da chamada judicialização da saúde e contribuindo para a incontornável (embora indesejável) intervenção judicial na estruturação e administração do sistema.

Um sem número de causas podem ser alinhadas na tentativa da

269 Essa discussão agora encontra um novo capítulo frente à decisão adotada no Recurso Especial (Resp) nº 1657156, de 03-05-2017, Relator Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afetou o tema ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC). Com a afetação, houve a decisão que terminou a suspensão de todas as ações em curso no país, onde se discute a obrigação do Poder Público à dispensação de medicamentos fora das listas estabelecidas pela Portaria 2982/2009 – do Ministério das Saúde. Por seguro, no cerne das discussões, não poderá deixar de estar a análise da hierarquia subalterna da Portaria perante as disposições da Lei, em especial, ao disposto no art. 19-P da Lei 8.080/90. A pesquisa pode ser realizada em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp, tema nº 106.

compreensão da crescente e insustentável busca da concretização de direitos sociais, em especial, a dispensação de medicamentos, por intermédio de ações judiciais. E dentre as causas, inafastavelmente, avulta-se como fator preponderante o descompromisso dos mais diversos agentes públicos com a estruturação do SUS e o respeito às suas diretrizes. Particular e pontualmente, saliento o caso de médicos do sistema, que, a despeito da existência de legislação específica, continuam a receitar medicamentos fora dos parâmetros estabelecidos nos protocolos, sem qualquer controle administrativo. O mesmo pode ser dito relativamente aos procedimentos cirúrgicos, quando profissionais apontam a exigência de material importado, indicando próteses identificadas segundo a marca ou nome do fabricante, sob a simples afirmação (dificilmente comprovada) de o “importado ser de melhor qualidade”.

Também avulta-se em importância a insuficiência dos serviços instalados; a inexistência de tratamento no local de residência do paciente e a conseqüente fila a impor ao paciente uma espera incompatível com seu particular estado de enfermidade, espera esta que corresponde, em última análise, à verdadeira negativa do atendimento. E tudo isso também transforma-se em processo judicial.

A perfeita identificação das demandas poderia servir de ponto de partida para a análise do fenômeno da judicialização da saúde, pois os números poderiam revelar se são os pedidos extravagantes, de medicamentos importados, de elevado custo, ou tratamentos no estrangeiro, que soterram o sistema, ou se é a incapacidade ou incompetência da administração na (não) dispensação, à

população, de medicamentos, tratamentos, exames e insumos previstos ordinariamente nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do próprio SUS. Também poder-se-ia identificar a responsabilidade dos médicos que, sem uma justificativa outra que o subjetivismo de sua técnica, indicam medicamentos, procedimentos, insumos ou exigem exames diversos daqueles estabelecidos nos protocolos, em ofensa ao sistema da medicina baseada em evidências.

Igualmente o Poder Judiciário deveria assumir sua parcela de responsabilidade para com a manutenção do sistema de saúde, sem que isso importe eventual desconsideração do indivíduo que, particularmente, reclama pela prestação específica. Como nenhuma lesão ou ameaça a direito pode restar afastada do Poder Judiciário, frente a uma demanda postulando a concretização do direito à saúde, compete ao Estado-juiz, antes de tudo, identificar perfeitamente o conteúdo da prestação reclamada e o grau de densidade normativa do direito que fundamenta a pretensão; para então extrair do texto normativo a norma *jusfundamental* dotada da maior carga de efetividade possível²⁷⁰, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas capazes de limitar o direito *prima facie*.

A pretensão relativa à obtenção de um medicamento, tratamento ou insumo que consta nas listas ou esteja descrito em protocolo clínico e diretrizes

270 José Joaquim Gomes Canotilho, referindo-se ao princípio da máxima efetividade (também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva) afirma que pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 2013, p. 1224).

terapêuticas, encontra-se baseada em direito de relevante dimensão subjetiva, com máxima justiciabilidade e máximo reconhecimento da condição de próprio direito subjetivo, com a correspondente perfeita identificação da extensão da obrigação do Estado. Já a pretensão à obtenção de medicamento, tratamento ou insumo fora de lista, diverso dos estabelecidos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas ou em desconsideração das filas de espera, encontra-se estaiada em um direito mais permeável, menos denso (mas nem por isso não justiciável), que deverá ser aplicado sob à lente da ponderação, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas da realidade apresentada. E não se espera do Poder Judiciário nada mais que a capacidade de distinguir as hipótese e, à luz das circunstâncias fáticas e parâmetros jurídicos que delineiam o caso concreto, e, uma vez verificada a existência de uma ofensa ao *núcleo essencial* do direito fundamental, a determinação da extensão e dimensão do direito posto em causa, bem como o conteúdo da obrigação correspondente.

Com os objetivos de a) produzir, aprovar, revisar, publicar e divulgar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde; b) identificar e compilar interpretações já consolidadas sobre a matéria; e c) auxiliar, de forma pedagógica, a comunidade jurídica na interpretação de questões não pacificadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o Conselho Nacional de Justiça, por seu Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde, fez realizar as I e II Jornadas de Direito à Saúde, nos anos de 2014 e 2015, respectivamente, destinada as operadores do direito, gestores públicos, comunidade acadêmica e cidadãos em geral.

Dos dois eventos restaram extraídos 68 enunciados tratando de

temas relativos à saúde pública, saúde suplementar e Biodireito, enunciados estes que pretendem servir de guia para o enfrentamento das demandas relativas ao direito à saúde, na justa acomodação entre as competências administrativas de organização e gestão do sistema, bem como a atuação do Poder Judiciário na proteção de direitos²⁷¹.

Segundo dados da Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul²⁷², somente no ano de 2014, o Estado dispendeu R\$ 235.000.000,00 (duzentos e trinta e cinco milhões de reais) para o cumprimento de decisões judiciais relativas ao direito à saúde, favorecendo 61.000 (sessenta e um mil) pacientes que ingressaram com ações na justiça. No mesmo período, o valor total de R\$ 73.000.000,00 (setenta e três milhões de reais) foram destinados ao custeio de todo o sistema SUS, para a garantia do direito à saúde de 103.000 (cento e três mil) pacientes que não ingressaram com processos judiciais²⁷³.

Extrai-se dos dados apresentados pela Secretaria Estadual de Saúde que o dispêndio de valores para atender a demandas judiciais foi maior que o triplo do orçamento realizado para o custeio de todo o sistema. E somente este dado

271 Os enunciados encontram-se disponíveis na rede mundial de computadores, em: http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf, e <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>, acesso conferido em 03-09-2015.

272 Dado informado pelo Sr. Bruno Naundorf, na qualidade de coordenador da Assessoria Jurídica da secretaria, ao Conselho Nacional de Saúde, disponível na rede mundial de computadores em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79376-rio-grande-do-sul-se-articula-para-frear-a-judicializacao-da-saude>, acesso conferido em 03-09-2015.

273 Vale dizer que o Estado dispendeu o valor médio aproximado de R\$ 708,37 (setecentos e oito reais e trinta e sete centavos) para o atendimento cada paciente administrativo; ao passo que, por força de decisões judiciais, gastou, em média, aproximadamente R\$ 3.852,45 (três mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e cinco centavos) para o atendimento individual.

já basta para deixar clara a irracionalidade da situação, bem como a necessária e urgente atuação de todos os agentes envolvidos para alcançar a reversão de tal quadro.

Na busca de uma maior racionalização do sistema de saúde, capaz de conferir a efetividade necessária diante dos (materialmente limitados) recursos disponíveis e necessidades (naturalmente ilimitadas) da população, algumas práticas poderiam ser avaliadas como potencialmente aptas à alteração da situação atual, devolvendo a gestão dos serviços aos juízos políticos, remetendo o Poder Judiciário à posição de garantidor último da Constituição, e não de realizador direto e imediato de políticas públicas. Por certo, a Constituição continua a ser separação de poderes e preservação dos direitos fundamentais²⁷⁴.

Para tanto, apontamos como medidas com potencialidades para conferir uma maior racionalização do sistema:

1) um pacto pela observância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidas.

O sistema estrutura-se sobre a noção de medicina baseada em evidências onde, para cada enfermidade, resta estabelecido o procedimento e o tratamento adequado, com a relação de medicamentos e práticas necessárias ao restabelecimento da saúde ou melhora das condições de sobrevida.

274 Afinal, os direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples (ALEXY, 2015, p. 511).

Se o médico, que presta o atendimento no âmbito do SUS, compromete-se com o sistema e prioriza o tratamento previsto nos protocolos. Se o administrador mantém, nas farmácias públicas, os medicamentos que constam nas listas, e, nos hospitais, disponibiliza os procedimentos estabelecidos, a possibilidade de intervenção e ingerência do Poder Judiciário na dispensação de medicamentos ou tratamentos resta resumida ao mínimo, uma vez que o cidadão obterá no sistema exatamente aquele tratamento preconizado pelo próprio sistema, restando para eventual discussão judicial somente aquelas hipótese de exceção, onde a inexistência ou ineficácia da política pública disponível mostra-se capaz de significar violação ao núcleo intangível do direito fundamental.

2) a criação de um órgão administrativo local de análise e decisão para a dispensação de medicamentos ou procedimentos não previstos nos protocolos.

Se o médico estiver comprometido com o sistema, ele priorizará aquele tratamento previsto nos protocolos. Entretanto, as intercorrências próprias da individualidade de cada pessoa podem determinar que, para determinado paciente, o tratamento tenha de afastar-se dos protocolos, exigindo uma terapêutica própria e individualizada.

Esta situação poderia ser solvida, no âmbito da administração, com a formação de um órgão técnico local, capaz de analisar as justificativas apresentadas pelo médico-assistente e decidir pela dispensação do tratamento

extraordinário, sem qualquer necessidade de intervenção jurisdicional.

Como os protocolos não são exclusivos²⁷⁵, competiria ao órgão técnico local, diante de determinada situação excepcional, analisar a situação, com a definição do tratamento adequado e estabelecimento da terapêutica necessária e suficiente para o caso concreto.

Poder-se-ia tomar como exemplo o caso das insulinas sintéticas ou associações de drogas para o tratamento do diabetes que, diariamente são receitadas por médicos do sistema e que não integram os protocolos clínicos. Como o paciente não obtém, nas farmácias públicas, a dispensação dos fármacos receitados (que reconhecidamente não integram as listas), acaba recorrendo ao Poder Judiciário para a obtenção das drogas.

Entretanto, mostrar-se-ia plenamente possível que uma câmara técnica administrativa, composta por especialistas, com a participação do Hospital Universitário, quadro clínico das Secretarias de Saúde, Conselhos de Saúde, pudesse analisar a eventual insuficiência das insulinas dispensadas ordinariamente no sistema e decidir pela necessidade da dispensação do medicamento especial, em atenção às particularidades do paciente.

3) um maior critério do Poder Judiciário na compreensão daquilo que pode ser exigido do Estado como prestação no âmbito do direito à saúde.

²⁷⁵ Fazemos aqui expressa referência ao texto do art. 19-P da Lei nº 8.080/90.

Caberia ao Poder Judiciário preocupar-se em conhecer efetivamente os motivos determinantes da negativa da prestação no âmbito da administração, ou, o que é mais sintomático e revela a maior irracionalidade da situação, preocupar-se em saber se o cidadão ao menos buscou a satisfação de sua pretensão no âmbito administrativo.

Após, ciente dos motivos apresentados pela administração para negar a prestação reclamada, buscar identificar a densidade normativa do direito que empresta guarida à pretensão deduzida pelo cidadão, equacionando o conteúdo do direito e a correspondente extensão da obrigação.

Para uma pretensão que se estriba e se encontra amparada em normas definitivas, vinculantes, de alta densidade normativa, estabelecadora de direitos subjetivos de conteúdo manifesto, a atuação do Poder Judiciário, na efetivação do direito à saúde, deveria ser a mais intensa possível, restando em muito reduzido o espaço de justificação da violação praticada pelo Estado. É o que ocorre, exemplificativamente, quando a pretensão diz respeito exatamente à prestação consignada nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Por outro norte, para a pretensão que diz respeito a prestações que possuem por base normas de alta permeabilidade, não vinculantes, de baixa densidade normativa, definidoras de um direito *prima facie*²⁷⁶, a atuação do Poder

²⁷⁶ Importante a lição de Robert Alexy acerca do caráter *prima facie* quando afirma que “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas” (ALEXY, 2015, p. 104-105).

Judiciário deve-se nortear pela ponderação, considerando as circunstâncias fáticas (necessidade e adequação) e jurídicas (regras e princípios que concorrem em sentido contrário) do caso concreto, tendo por limite a intangibilidade da dignidade da pessoa humana. Assim, no processo de ponderação, questões como as decorrentes das limitações orçamentais poderiam ser sopesadas, por exemplo, com a proibição do retrocesso ou a proibição da proteção deficiente.

4) uma melhor estrutura administrativa para a aquisição, distribuição e controle de estoque dos medicamentos previstos nas listas públicas, para evitar a descontinuidade na dispensação, reduzir os custos e evitar perdas.

Por vezes, o móvel para o ajuizamento de demandas contra o poder público não diz com a existência de uma resistência verdadeira à dispensação do medicamento, mas decorre da inexistência do medicamento nas farmácias públicas, por questões diversas, algumas inclusive contingentes e fora da esfera de controle absoluto da administração, como as atinentes ao processo de compra ou distribuição dos fármacos, transporte, disponibilidade junto ao distribuidor.

Ocorre que, para além das dificuldades administrativas, o quadro de saúde do cidadão por vezes não permite a descontinuidade do tratamento e, assim, qualquer interrupção do fornecimento do fármaco, mesmo que temporária, já se mostra suficiente para justificar a busca do socorro através do processo judicial.

Portanto, quanto maior for a capacidade de organização administrativa no controle dos seus estoques, conferência dos processos de

aquisição, correta armazenagem e conhecimento da demanda, maior será a efetividade dos serviços prestados, com a conseqüente redução das hipóteses de desabastecimento injustificado de medicamentos, que ordinariamente figuram nas listas públicas e que devem ser fornecidos ao cidadão.

A mesma necessidade de organização vale também para aqueles medicamentos que não constam nas listas, mas que o Poder Público encontra-se obrigado à dispensar por força de decisão judicial definitiva ou provisória. É que, havendo decisão judicial, não mais existe hipótese para eventual juízo de conveniência ou oportunidade da administração.

E não se pode perder de vista a necessidade do controle de medicamento que, por estarem sujeitos a rigoroso prazo de validade e, por vezes, reclamam condições especiais para armazenamento, eventual desorganização da administração poderá determinar que os medicamentos pereçam nas estantes administrativas, sem chegar às mãos do cidadão que deles necessita, constituindo injustificável hipótese de desperdício do dinheiro público.

5) valorização e fortalecimento da CONITEC. No Brasil, compete à CONITEC a avaliação da incorporação das novas tecnologias no sistema. Embora ocupe lugar na estrutura do Ministério da Saúde, a CONITEC pretende ser um órgão técnico, capaz de analisar as novas tecnologias comparativamente às tecnologias já existentes e disponíveis no sistema, para concluir pela existência (ou não) de real vantagem na incorporação.

E, assim, havendo necessidade de terapêutica diversa da apontada pelos órgãos técnicos, compete ao cidadão a obrigação de demonstrar a insuficiência, ineficácia ou inadequação do tratamento estabelecido nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e demonstrar os motivos da eleição da terapêutica diversa.

Como acima apontado, o SUS estrutura-se sob as bases da medicina por evidência e, na busca de uma padronização dos procedimentos, estabelece protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas conforme regras técnicas e procedimentais. Assim, para cada enfermidade, um protocolo apontando o tratamento considerado efetivo.

Todo profissional do sistema de saúde pode propor, diretamente à CONITEC, demanda tendente a revisar decisões já tomadas ou proceder a novas avaliações de tecnologias. Portanto, se o profissional da saúde, para determinado tratamento, percebe a superioridade de uma tecnologia comparativamente à já estabelecida, compete a ele levar a situação ao conhecimento da CONITEC, para a ampliação do estudo e decisão final.

Também a revisão periódica dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, com a inclusão de novas tecnologias de forma célere e segura, mostra-se necessária à estruturação e manutenção do sistema. A CONITEC, ordinariamente, realiza consultas públicas possibilitando a qualquer pessoa a apresentação de considerações sobre a tecnologia em exame.

Com a revisão periódica das tecnologias e constante atualização dos protocolos, as hipóteses de indicação de terapêuticas fora das listas e, por consequência, a necessidade de intervenção judicial na estrutura do sistema de saúde, restariam em muito reduzidas.

6) o gerenciamento efetivo dos leitos disponíveis, com particular ênfase para o tempo de internação.

A carência de leitos hospitalares é fator determinante para a intervenção da justiça no sistema público de saúde. Frequentemente o Poder Judiciário é chamado para resolver questões atinentes à ausência de leitos em unidades de terapia intensiva (UTI), ou leitos hospitalares especializados ou gerais. Tal circunstância reclamaria uma investigação administrativa para verificar os motivos dos gargalos.

A resposta invariável da administração é a suficiência dos leitos disponíveis. Entretanto, os corredores dos nosocômios permanecem ordinariamente lotados, impondo a pacientes aguardar dias e dias a transferência para um leito adequado.

Na busca de respostas a esse problema, parece que a administração deveria começar a analisar o tempo médio de internação de cada paciente, bem como vetores como a taxa de desocupação dos leitos conforme os dias da semana, por exemplo para identificar eventual redução do número de altas hospitalares em finais de semana.

Assim, poderia a administração identificar, por exemplo, se a capacidade instalada é, efetivamente, sub-dimensionada e, dessa forma, decidir pela ampliação; ou verificar que a escassez de leitos decorre tão somente de uma irracionalidade administrativa, passível de correção com um melhor controle da gestão dos leitos disponíveis.

7) o permanente gerenciamento da capacidade instalada dos serviços frente a demanda ordinária.

Para além das situações de urgência e emergência, que reclamam atendimento imediato, o sistema também alberga pacientes que necessitam de procedimentos tidos como eletivos, vale dizer, tratamentos que permite uma maior dilação no tempo para serem realizados de modo programado. Assim as cirurgias oftalmológicas de cataratas, ou mesmo procedimentos de ortopedia/traumatologia quando já consolidada a lesão.

Ocorre que, sem uma organização efetiva e competente gerenciamento, pode ocorrer que o serviço instalado seja incapaz de atender e suportar a demanda, impondo o aumento incontrolável da fila e, conseqüentemente, do tempo de espera pelo procedimento. É normal que alguém, necessitando de uma cirurgia que lhe devolva a visão, ou que lhe permita deambular ou retornar às atividades físicas ordinárias, aguarde pacientemente pelo procedimento. Entretanto, quando o tempo de espera mostra-se desproporcional, irrazoável ou mesmo indefinido, a consequência prática equivale à própria inexistência do serviço e isso

justificará a propositura da demanda judicial e conseqüente intervenção do jurídico sobre as escolhas da administração.

Se a administração conhece a realidade da demanda exigida e dispõe do controle da capacidade do serviço instalado, pode gerir com competência a fila de espera, conferindo certa previsibilidade de tempo para a realização de cada procedimento em favor do cidadão. Na ausência da previsibilidade, o que resta é uma falácia imprecisa no sentido de que “algum” dia o tratamento será realizado e é certo que uma situação tal determinará a busca da intervenção judicial para a efetivação do direito.

Tais medidas, aliadas à permanente interação entre os agentes que formam a rede, poderiam ser consideradas como ações possíveis para o aperfeiçoamento do sistema e conseqüente efetivação dos direitos à saúde, com o conseqüente afastamento da necessidade de intervenção do poder judiciário.

11- Conclusão

A premissa básica, que serve de fio de ligação e confere estrutura entre os elementos estruturantes do presente trabalho, repousa na compreensão do Estado Democrático de Direito como sendo um espaço qualificado, onde a conjugação das noções de Estado de Direito, Democracia e Direitos Fundamentais encontram-se interligadas de forma indissociável, de modo a uma não existir sem a concomitância das outras duas. Com efeito, o ponto de apoio de toda a argumentação desenvolvida guarda relação com a pré-compreensão de que um Estado Democrático de Direito somente será passível dessa qualificação se: o *império da lei* assentar-se nas bases de um poder democrático, com possibilidade de participação efetiva da população, e houver respeito incondicional aos direitos fundamentais; a *democracia*, dependerá do império da lei, como condição de fazer-se valer mesmo contra a força, e houver igualdade e liberdade para o seu exercício e possibilidades de acesso ao poder; e onde os *direitos fundamentais* dependerão da democracia, e do império da lei, para se fazerem efetivos mesmo frente ao interesse da maioria.

Partindo de tal compreensão de Estado Democrático de Direito, a afirmação da força normativa da Constituição mostrou-se como que natural, uma vez que, conforme citado, a concepção de uma Constituição como norma de direito é a única capaz de amoldar-se à ideia de Estado limitado pela lei, democrático e de defesa dos direitos fundamentais. E a compreensão da força normativa da Constituição ampliou-se enormemente após o descortinamento dos fatos havidos nos Estados autocráticos, em especial, o ocorrido na Alemanha nazista.

O mundo civilizado, diante de tanto horror e tamanha coisificação do ser humano, pretendeu jamais repetir tamanha ignominia e fez documentar essa intenção, trazendo já para o início da redação das Constituições modernas, logo após a definição do próprio Estado, a garantia e salvaguarda dos direitos fundamentais. É o homem de ontem a dizer ao homem de hoje: holocausto, nunca mais. Ditadura, nunca mais. 25 de Abril sempre, fascismo nunca mais!

A força normativa da Constituição, nesse novo modelo de Estado democrático, impõe uma nova concepção do exercício e da finalidade do *poder*. O *poder* agora possui fins e motivações norteadas pelos parâmetros estabelecidos pela Norma Fundamental, e não se justifica se não na garantia, proteção e promoção dos direitos fundamentais, de todos os direitos fundamentais. Afinal, a dignidade da pessoa humana passou a constituir o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo²⁷⁷.

Com a limitação jurídica do poder, veio a necessidade da discussão acerca da inter-relação entre o jurídico e o político, bem como as condições de sobrevivência da noção de separação de poderes frente a possibilidade da interdição das decisões políticas pelo jurídico. Na busca de um denominador, adotamos a distinção proposta por Luigi Ferrajoli, entre as esferas do *decidível* e do *indecidível*. O *decidível*, como o âmbito de atuação próprio do poder político, que consiste no querer transformador e que não pode ser sindicável pelo jurídico; o *indecidível*, aquele espaço protegido do indivíduo, que, se violado, permite a sindicabilidade

277 Preambulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

jurídica, possibilidade da discussão (segundo parâmetros jurídicos), acerca da adequação, necessidade, e proporcionalidade da medida violadora desse espaço protegido.

Como o Estado Democrático de Direito não convive com *nenhum* tipo de poder ilimitado, afirmamos que igualmente o Poder Judiciário encontra-se limitado pela Constituição. A ele compete a obediência irrestrita ao texto da lei, legitimamente publicada pelo poder competente, e, excepcionalmente, naqueles espaços onde a solução da controvérsia exija a aplicação normativa de princípios de baixa densidade, a definição da norma aplicável reclamará exaustiva fundamentação, dotada de coerência e racionalidade jurídica, constituindo fator preponderante de controlabilidade e legitimidade do *decisum*. No mesmo passo, qualificamos como incompatível com o Estado Democrático de Direito toda e qualquer prática decisionista ou discricionária no âmbito do Poder Judiciário.

Sustentamos que os direitos sociais são direitos fundamentais e posicionamo-nos ao lado daqueles que, frente ao disposto no art. 5º, § 1º, da CF/88, conferem as direitos fundamentais sociais, em especial, ao direito à saúde, a qualidade de direito subjetivo, com idêntica justiciabilidade relativamente aos direitos fundamentais de liberdade. Até por dever de coerência, se afirmamos que o juiz encontra-se vinculado à lei, por mais razão não poderíamos desconsiderar o disposto na Constituição Federal quando afirma que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*.

No contraponto, afirmamos que embora a condição de direito

fundamental e de direito subjetivo, o direito à saúde não se mostra absoluto ou ilimitado, restando passível de restrições, bem como limitações conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas. Considerando o arcabouço normativo brasileiro relativo ao direito à saúde, sustentamos uma dimensão variável do consequente direito subjetivo do cidadão. Para a pretensão que diz com a materialização de obrigação definida, em sua extensão e objeto, por legislação densificadora do direito fundamental, reconhecemos uma máxima justiciabilidade, com a possibilidade de aplicação da norma segundo uma lógica de subsunção. Para aquelas pretensões cujas prestações extrapolam o âmbito das políticas públicas já estabelecidas pelo poder político, a justiciabilidade do direito ainda permanece, mas a natureza de direito subjetivo não surge com tamanha força, pois estribado em norma jurídica de conteúdo mais permeável, pouco consistente, aplicável segundo uma lógica de ponderação e, até por isso, mais sujeito a ser derrotado diante das circunstâncias fáticas e jurídicas.

No sentido do discorrido, buscamos na jurisprudência pátria dois julgados com potencialidade de servirem de baliza para o enfrentamento jurisprudencial da matéria relativa ao direito social à saúde, contribuindo para a busca da segurança e maior racionalidade na prestação jurisdicional. Em ambos os julgados, o Poder Judiciário parte por distinguir as pretensões que guardam e as que não guardam relação com as políticas públicas já densificadas pela legislação infraconstitucional, com a afirmação da necessidade de tratamento diverso entre elas. Tal como sustentado ao longo do texto, os arestos afirmam a existência de um direito subjetivo máximo, quando a pretensão diz com ação já estabelecida pela administração ou legislação. Por outro norte, a pretensão que extrapola o conteúdo

das políticas públicas já definidas, exigem uma análise segundo as bases do devido processo legal, com possibilidade de produção de provas e final julgamento segundo a lógica da ponderação, com o sopesamento dos princípios eventualmente em colisão, com a aplicação da máxima da proporcionalidade.

Optamos por apenas citar dois julgados, porque, reconhecemos como válida a crítica dirigida ao Poder Judiciário brasileiro, que o qualifica como como ativista, decisionista e pouco criterioso na busca da densificação e justificação normativa de juízos de valor. Com efeito, talvez partindo da estaca zero, tomando por base apenas os parâmetros apresentados nestes dois julgados, consigamos conferir maior racionalidade ao julgamento das demandas futuras e por consequência maior segurança jurídica ao cidadão e ao governo.

Por derradeiro, partindo da experiência adquirida nos mais de cinco anos de trabalho frente à 6ª vara cível, especializada em fazenda pública, da Comarca de Pelotas, apontamos fatores que poderiam ser analisados como dotados de potencialidade para a redução da judicialização da saúde.

Ao fim, renovamos a convicção da possibilidade da justa convivência entre o político e o jurídico, ambos agindo, como poderes do Estado, na busca incansável da promoção da pessoa humana. Afinal, o que não tem valor, tem dignidade!

Referencial Bibliográfico:

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**. Um tratado sobre la justificación jurídica. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXANDRINO, José Melo.

- **Jurisprudência da crise**. Das questões prévias às perplexidades. *In: O Tribunal Constitucional e a Crise*. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e COUTINHO, Luís Pereira (Org). Coimbra: Almedina, 2014, p. 49-68.
- **Lições de direito constitucional**. vol. 1. Lisboa: AAFDL, 2015.

ALEXY, Robert.

- **Princípios formais**: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. 1ª ed. [Alexandre Travessoni Gomes Trivissono, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Org)]. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL, Maria Lúcia.

- **A forma da república**. Coimbra: Coimbra, 2012.
- **Revisitar Carl Schmitt**: a defesa da constituição. *In: Carl Schmitt Revisitado*. MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). Lisboa: ICJP, 2014, p. 133-149. (Ebook: www.icjp.pt).

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do pensamento político ocidental**. Coimbra, Almedina, 2012.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**. Trad. De Antônio Abranches et al. Rio de

Janeiro: Relume Dumará, 2000.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Editora Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto.

- **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 11ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo.

- **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL.

- Conselho Nacional de Justiça. **Quantidade de demanda nos tribunais**. Relatório de cumprimento da Resolução CNJ nº 107. Ações de Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunai>

- [s.forumSaude.pdf](#)>. Acesso em: 18-05-2017.
- **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22-05-2017.
 - Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**. Julgada em 17-09-2015. Relator Luiz Fuz. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em: 07-06-2017.
 - _____, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639337/SP**. Julgado em: 23-08-2011. Relator Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2ENUME%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j452eq5>>. Acesso em: 06-06-2016.
 - _____. **Mandados de seguranças nº 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF**. Julgado em 04-10-2007. Relatora: Carmen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826602%2ENUME%2E+OU+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmbg67r>> Acesso em: 23-05-2017.
 - Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**. Relator: Gilmar Mendes. Jugada em 17-03-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2570693>>. Acesso em: 22-05-2017.
 - Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474/SC**. Relator

Humberto Martins. Julgado em 20-04-2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1185474&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22-05-2017.

- _____, **Recurso Especial nº 1.366.331/RS**, Relator: Humberto Martins. Julgado em 16-12-2014. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1366331&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22-05-2017.

- _____, **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ**, Proposta de Afetação. Relator: Benedito Gonçalves. Julgado em 03-05-2017. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1657156&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 22-05-2017.

- _____, **Repercussão Geral no Recurso Especial nº 855178 RG/SE**. Relator: Luiz Fuz. Julgado em 05-03-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855178%2E%2E+OU+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zvpkg9k>>. Acesso em: 07-06-2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 4, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes.

- **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

- **"Brançosos" e a interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CALSAMIGLIA, Albert. **El concepto de integridad en Dworkin.** Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 12, vol. I (1998), pp. 155-176. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/postpositivismo-0/>>. Acesso em: 07-06-2017.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Jurisdição constitucional & democracia:** integridade pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTANHEIRA NEVES, A. Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica.** Coimbra: Coimbra, 2010.

COSTA. Alexandre Araújo. A. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF.** Brasília : Thesaurus, 2008.

COUTINHO, Luís Pereira.

- **A autoridade moral da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2009.
- **Os Pressupostos do Conceito de Estado em Carl Schmitt:** do direito ao político. *In: Carl Schmitt Revisitado.* MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). Lisboa: ICJP, 2014, p. 121-132. (Ebook: www.icjp.pt).
- **A soberania passiva do juiz constitucional.** Um estudo de teoria do Estado. *In: Liber Amicorum Fausto de Quadros.* SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Org.). v. II. Coimbra: Almedina, 2016, p. 177-191.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do Poder Público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito

fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão ma discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

DUVERGER, Maurice. **Ciência política**. Teoria e método. Rio: Zahar editores, 1981.

DWORKIN, Ronald.

- **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- **Justiça para ouriços**. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial**: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi.

- **Giurisdizione e Democrazia**. Revista da AJURIS (Associação dos Juízes do Estado do Rio Grande do Sul), Porto Alegre, n. 75, v. 1, p. 419-435, ago. 1999.

- **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlos Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- **Democracia y garantismo**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

FONSECA, Rui Guerra da.

- **A imparcialidade como indisponibilidade do fato**: ou critério essencial da distinção entre administração e juiz. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, FDUL, IV, Coimbra: Coimbra, 2012, p.p. 797-818.*
- **A independência do juiz em Carl Schmitt**. *In: Carl Schmitt Revisitado*. MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). Lisboa: ICJP, 2014, p. 174-189. (Ebook: www.icjp.pt).

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais**: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Gláucio Maciel; DUTRA, Victor Barbosa. **Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/208/ril_v52_n208_p189.pdf, Acesso em: 13-04-2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HESSE, Konrad.

- **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**.

Tradução de Luís Afonso Heck. 20ª ed. Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Gabriela Edel Mei. São Paulo: Pillares, 2015.

LIMA, Iara Mendes; LANÇA, João André Alves. **A força normativa da Constituição e os limites à mutação constitucional em Konrad Hesse**. *In*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: nº 62, p.p. 275-303, jan./jun. Disponível em:

<<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p275/253>>. Acesso em 22-05-2017.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2014.

MELLO, Aymoré Roque Pottes de. **A política neoliberal de endividamento e exclusão social e os instrumentos para o exercício da cidadania e da democracia**. Revista Cidadania e Justiça da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros). Brasília, ano 5, n. 11, p. 6-18, 2º sem/2001.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito**

constitucional. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge.

- **Manual de direito constitucional**. Estrutura constitucional da democracia. Tomo VII. 2007.
- **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 5ª ed. v. II. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2014.
- **Manual de direito constitucional**. Estrutura constitucional do Estado. v. II. Tomo III, Coimbra: Coimbra, 2014(B).

MONGE, Cláudia. **Contributo para o estudo do direito à saúde**: a prestação de cuidados de saúde. Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, defendida em 2002, p. 104-105. Disponível para consulta na biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa – T-3261(I)

MORAIS, Carlos Blanco de.

- **Segurança jurídica e justiça constitucional**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. v. XLI, nº 2. Coimbra: Coimbra, 2000.
- **O controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento jurídico brasileiro e a tutela dos direitos sociais**. São Paulo: RT, 2012, vol. 78 (Janeiro - Março 2012), disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/periodical/93340582/v2/0120078/document/94825681/anchor/a-94526452>. Acesso em 30-05-2017.
- **Curso de direito constitucional: as funções do estado e o poder legislativo no ordenamento português**. 2ª ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2012.
- **Decisão, decisores e decisionismo**. *In*. MORAIS, Carlos Blanco; COUTINHO, Luís Pereira (Org). **Carl Schmitt Revisitado**. Lisboa: ICJP,

2014(A), p. 28-39 (Ebook: www.icjp.pt).

- **Curso de direito constitucional:** teoria da constituição em tempo de crise do estado social. 1ª ed. Tomo II. vol. II. Coimbra: Coimbra, 2014(B).
- **As 'ideologias da interpretação' e o ativismo judicial:** o impacto das ideologias da interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes. *In: Liber Amicurum Fausto de Quadros.* SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (Org.). v. I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 273-290.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Por uma compreensão sistêmica e unitária dos direitos fundamentais.** *In: NEVES, Helena Telino; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Org.).* Direito constitucional em homenagem a Jorge Miranda. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 259-339.

NEVES, Marcelo. **Entre themis e leviatã:** uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis.

- **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra, 2004.
- **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006.
- **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª ed., Coimbra: Coimbra, 2010.
- **Contributo para uma teoria do estado de direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 2013.
- **Em defesa do Tribunal Constitucional.** Resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014.
- **A dignidade da pessoa humana.** Dignidade e direitos fundamentais. v. I. Coimbra: Almedina, 2016.

- **A dignidade da pessoa humana.** Dignidade e inconstitucionalidade. v. II. Coimbra: Almedina, 2016(B).

PISARELLO, Geraldo. **Los derechos sociales y sus garantías:** elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PORTUGAL.

- **Constituição da República Portuguesa.** 1976. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 07-06-2017.
- Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 187/2013.** Julgado em 05-04-2013. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>. Acesso em 07-06-2017.
- _____, **Acórdão nº 413/2014.** Julgado em 30-05-2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>. Acesso em 07-06-2017.
- _____, **Acórdão nº 574/2014.** Julgado em 14-08-2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>. Acesso em 07-06-2017.
- _____, **Acórdão nº 575/2014.** Julgado em 14-08-2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html>. Acesso em 07-06-2017.

ROCHA JUNIOR, Luis Clóvis Machado da. **O dever de fundamentação das**

- decisões no novo Código de Processo Civil:** uma proposta de compreensão pragmática da resposta jurídica adequada. In: MIRANDA, Jorge; ALVIM, Thereza (Coord.). *Diálogos em Direito: uma abordagem sobre a transdisciplinariedade entre o Direito Constitucional e o Direito Civil*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 205-234.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2007.
- SAMPAIO, Jorge Silva. **O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2014.
- SANCHIS, Luis Prieto. **Los derechos sociales como derechos fundamentales**. I Congresso de Filosofia del Derecho para el Mundo Latino. Alicante, maio/2016. p. 9. Disponível em Disponível em: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%C%81s.pdf>>. p. 9. Acesso em: 04-03-2017.
- SALERT, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner.
- **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.** Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 3. Ago/2011. p. 775/829. Revista dos Tribunais *on line*. DRT\2008\983. Acesso em 02-06-2017.
 - **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde:** algumas aproximações. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 31-08-2015.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. **Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?** In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 117-129.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução para o espanhol de Francisco Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. **Ligações Perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos**. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, p. 311-329, 2012. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000100017>.

Acesso em: 07-06-2017.

STRECK, Lênio Luiz.

- **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014(B).
- **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- **Por que tanto se descumpra a lei e ninguém faz nada?** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpra-lei-ninguem-faz-nada>>. Acesso em: 10-05-2017.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan. **Ciência política e teoria geral do**

- Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito social à saúde e ativismo judicial**. Gerenciamento das políticas públicas. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.
- TERRAZAZ, Fernanda. **Novos elementos no cenário da judicialização da saúde: análise das decisões dos tribunais superiores**. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.
- VAZ, Manuel Afonso. **Teoria da constituição: o que é a constituição hoje?** Coimbra: Coimbra. 2012.
- VITOR, Sérgio Antônio Ferreira. **O controle judicial de constitucionalidade na obra do americano John Hart Ely**. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-07/controlado-judicial-constitucionalidade-obra-john-hart-ely>>. Acesso em 31-05-2017.
- WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. **O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces**. São Paulo: Revista de Direito Sanitário. v. 9. nº 2. Jul/Out/2008, p. 92-131. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13119>>. Acesso em: 29-05-2017.
- YOSHINAGA, Juliana Yumi. **Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 24 – dez/jan/fev 2011. Salvador. p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>>. Acesso em: 23-05-2017.

ANEXO – 1



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.

[Mensagem de veto](#)

[Regulamento](#)

[Regulamento](#)

Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o **Congresso Nacional** decreta e eu sanciono a seguinte lei:

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

TÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

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

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

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

TÍTULO II

DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

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

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

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

CAPÍTULO I

Dos Objetivos e Atribuições

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de

máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

CAPÍTULO II

Dos Princípios e Diretrizes

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII - participação da comunidade;

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

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a [Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013](#). ([Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017](#))

CAPÍTULO III

Da Organização, da Direção e da

Gestão

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o [inciso I do art. 198 da Constituição Federal](#), sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

I - alimentação e nutrição;

II - saneamento e meio ambiente;

III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;

IV - recursos humanos;

V - ciência e tecnologia; e

VI - saúde do trabalhador.

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de

Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições.

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS). [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo: [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde; [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados; [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados. [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento. [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

§ 1º O Conass e o Conasems receberão recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo ainda celebrar convênios com a União. [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

§ 2º Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos. [\(Incluído pela Lei nº 12.466, de 2011\).](#)

CAPÍTULO IV

Da Competência e das Atribuições

Seção I

Das Atribuições Comuns

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;

- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;
- IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;
- V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
- VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
- IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
- XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;
- XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
- XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
- XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
- XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Seção II

Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. [\(Vide Decreto nº 1.651, de 1995\)](#)

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de

controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

CAPÍTULO V

Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999)

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela [Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990](#), com o qual funcionará em perfeita integração. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

CAPÍTULO VI

DO SUBSISTEMA DE ATENDIMENTO E INTERNAÇÃO DOMICILIAR

[\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se,

principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

CAPÍTULO VII

DO SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DURANTE O TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO

[\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 3º Ficam os hospitais de todo o País obrigados a manter, em local visível de suas dependências, aviso informando sobre o direito estabelecido no **caput** deste artigo. [\(Incluído pela Lei nº 12.895, de 2013\)](#)

Art. 19-L. ~~(VETADO)~~ [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

CAPÍTULO VIII

[\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA E DA INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA EM SAÚDE”

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Art. 19-N. Para os efeitos do disposto no art. 19-M, são adotadas as seguintes definições:

I - produtos de interesse para a saúde: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos;

II - protocolo clínico e diretriz terapêutica: documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

§ 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do

medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

§ 1º O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

II - **(VETADO)**; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

§ 2º **(VETADO)**. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-S. **(VETADO)**. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.”

Art. 19-U. A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite. [\(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011\)](#)

TÍTULO III

DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

CAPÍTULO I

Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

~~Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.~~

~~§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.~~

~~§ 2º Executam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.~~

Art. 23. É permitida a participação direta ou indireta, inclusive controle, de empresas ou de capital estrangeiro na assistência à saúde nos seguintes casos: [\(Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

I - doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos; [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

II - pessoas jurídicas destinadas a instalar, operacionalizar ou explorar: [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

a) hospital geral, inclusive filantrópico, hospital especializado, policlínica, clínica geral e clínica especializada; e [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

b) ações e pesquisas de planejamento familiar; [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

III - serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social; e [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

IV - demais casos previstos em legislação específica. [\(Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015\)](#)

CAPÍTULO II

Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer

aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º (Vetado).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

TÍTULO IV

DOS RECURSOS HUMANOS

Art. 27. A política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo, em cumprimento dos seguintes objetivos:

I - organização de um sistema de formação de recursos humanos em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal;

II - (Vetado)

III - (Vetado)

IV - valorização da dedicação exclusiva aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional.

Art. 28. Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidas em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo

integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.

Art. 29. (Vetado).

Art. 30. As especializações na forma de treinamento em serviço sob supervisão serão regulamentadas por Comissão Nacional, instituída de acordo com o art. 12 desta Lei, garantida a participação das entidades profissionais correspondentes.

TÍTULO V

DO FINANCIAMENTO

CAPÍTULO I

Dos Recursos

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - (Vetado)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º (Vetado).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º (Vetado).

CAPÍTULO II

Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

- I - perfil demográfico da região;
- II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;
- III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;
- IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;
- V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;
- VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;
- VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

~~§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.~~ [\(Revogado pela Lei Complementar nº 141, de 2012\)](#) [\(Vide Lei nº 8.142, de 1990\)](#)

§ 2º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios

demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3º (Vetado).

§ 4º (Vetado).

§ 5º (Vetado).

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

CAPÍTULO III

Do Planejamento e do Orçamento

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 39. (Vetado).

§ 1º (Vetado).

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

§ 4º (Vetado).

§ 5º A cessão de uso dos imóveis de propriedade do Inamps para órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) será feita de modo a preservá-los como patrimônio da Seguridade Social.

§ 6º Os imóveis de que trata o parágrafo anterior serão inventariados com todos os seus acessórios, equipamentos e outros bens móveis e ficarão disponíveis para utilização pelo órgão de

direção municipal do Sistema Único de Saúde - SUS ou, eventualmente, pelo estadual, em cuja circunscrição administrativa se encontrem, mediante simples termo de recebimento.

§ 7º (Vetado).

§ 8º O acesso aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerencia informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares.

Art. 40. (Vetado)

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Art. 42. (Vetado).

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Art. 44. (Vetado).

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

§ 1º Os serviços de saúde de sistemas estaduais e municipais de previdência social deverão integrar-se à direção correspondente do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme seu âmbito de atuação, bem como quaisquer outros órgãos e serviços de saúde.

§ 2º Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se dispuser em convênio que, para esse fim, for firmado.

Art. 46. o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços.

Art. 48. (Vetado).

Art. 49. (Vetado).

Art. 50. Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 51. (Vetado).

Art. 52. Sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas ([Código Penal, art. 315](#)) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

Art. 53. (Vetado).

Art. 53-A. Na qualidade de ações e serviços de saúde, as atividades de apoio à assistência à saúde são aquelas desenvolvidas pelos laboratórios de genética humana, produção e fornecimento de medicamentos e produtos para saúde, laboratórios de análises clínicas, anatomia patológica e de diagnóstico por imagem e são livres à participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros. ([Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015](#))

Art. 54. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 55. São revogadas a [Lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954](#), a [Lei nº. 6.229, de 17 de julho de 1975](#), e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Alceni Guerra

Este texto não substitui o publicado no DOU de 20.9.1990

*

