Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Gina Fonseca Corrêa

Judicialização da saúde: análise sobre o controle judicial nas hipóteses de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde

Mestrado em Direito

São Paulo

2022

Gina Fonseca Corrêa

Judicialização da saúde: análise sobre o controle judicial nas hipóteses de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração: Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

São Paulo

2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Corrêa, Gina Fonseca
C824j Judicialização da saúde: análise sobre o controle judicial nas hipóteses de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde. / Gina Fonseca Corrêa. -- São Paulo: [s.n.], 2022.
253p. il. ; cm.

Orientador: Sílvio Luís Ferreira da Rocha.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduados em Direito.

1. Direito Administrativo. 2. Judicialização da saúde. 3. Controle judicial. 4. Proporcionalidade. I. Rocha, Sílvio Luís Ferreira da . II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Banca Examinadora

Prof. Dr. Sílvio Luís Ferreira da Rocha
(orientador) – PUC-SP

Prof. Dr. Jacintho Silveira Dias de
Arruda Câmara (examinador)
– PUC-SP

Prof. Dr. Luís Manuel Fonseca Pires
(suplente) – PUC-SP

Profa. Dra. Irene Patrícia Nohara
(examinador) – Universidade
Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. José Marcos Lunardelli
(suplente) – ENFAM

À Silvina Fonseca Corrêa, minha mãe e professora, pelo apoio permanente.

AGRADECIMENTOS

Em todas as circunstâncias, dai graças, porque esta é a vosso respeito a vontade de Deus em Jesus Cristo.

I TESSALONICENSES, CAPÍTULO 5, VERSÍCULO 18.

Quando você pensa
Que tá tudo errado e negativo
E que ainda vai piorar, piorar
Pra todo mundo a vida é difícil
Mas todos fazem seu sacrifício
Pra melhorar, melhorar

Lá vem o sol
Para derreter as nuvens negras
Para iluminar o fim do túnel

E a luz do céu
Para inspirar os seus desejos
Pra fazer você encher o peito e cantar

(*Pra melhorar*. Canção de JORGE MARIO DA SILVA/MARISA DE AZEVEDO MONTE/FLOR JORGE)

RESUMO

FONSECA CORRÊA, Gina. *Judicialização da saúde*: análise sobre o controle judicial nas hipóteses de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde. 2022. 253f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

Objetivo. Análise do controle judicial sobre medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde. Exame dos limites da atuação do Poder Judiciário diante do princípio da separação de poderes e do dever de promoção de direitos fundamentais. **Justificativa**. Pesquisas realizadas no ano de 2019 demonstram que, a despeito de certa melhoria nos dados sobre o atendimento de saúde pública, ainda é insuficiente para a efetivação do direito à saúde nos termos constitucionais e convencionais. O acesso a medicamentos e tratamentos é deficitário. Conquanto parte significativa das demandas judiciais verse sobre aquilo que se enquadra na política pública, neste trabalho interessam as demandas sobre o que não foi incorporado, buscando entender o papel do Poder Judiciário no pleito, visto que é progressivo o volume de serviços e custos que envolvem o tema. **Hipótese**. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, especialmente quanto a medicamentos e tratamentos não incluídos nos protocolos de saúde, como CONITEC, NAT, RENAME, RENASES, REMUNE. **Metodologia.** A pesquisa seguirá uma abordagem sistêmica e dogmática, investigando conceitos e categorias para a compreensão da unidade do ordenamento jurídico, em especial os efeitos e as consequências. **Resultados obtidos**. O Poder Judiciário tem o dever constitucional de concretizar o direito fundamental à saúde, respeitando os dados empíricos e as valorações técnicas da Administração Pública. A decisão judicial não fundamentada empiricamente pode implicar invasão sobre os demais poderes. Na omissão ilegítima da Administração Pública ou do Legislativo, o controle judicial será exercido mediante o exame de proporcionalidade, concedendo-se maior peso aos critérios que propiciam a universalização das ações e serviços de saúde.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Judicialização. Controle judicial. Políticas públicas. Proporcionalidade.

ABSTRACT

FONSECA CORRÊA, Gina. *Judicialization of health*: analysis of judicial control in cases of medicines and treatments not provided for in public health policies. 2022. 253p. Thesis (Master's Degree) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2022.

Objective. Analysis of judicial control over drugs and treatments not provided for in public health policies. Examination of the limits of the Judiciary's action in the face of the principle of separation of powers and the duty to promote fundamental rights. **Justification.** Research carried out in 2019 shows that, despite a certain improvement in data on public health care, it is still insufficient for the realization of the right to health in constitutional and conventional terms. Access to medicines and treatments is deficient. While a significant part of the judicial demands is about what fits in public policy, this work is interested in the demands about what was not incorporated, seeking to understand the role of the Judiciary in the lawsuit, since the volume of services and costs that involve the theme. **Hypothesis.** The legitimacy of the Judiciary's action in the control of public policies, especially regarding medicines and treatments not included in health protocols, such as CONITEC, NAT, RENAME, RENASES, REMUNE. **Methodology.** The research will follow a systemic and dogmatic approach, investigating concepts and categories to understand the unity of the legal system, especially the effects and consequences. **Results obtained.** The Judiciary has a constitutional duty to implement the fundamental right to health, respecting the empirical data and technical assessments of the Public Administration. A judicial decision not based on empirical evidence may imply an invasion of the other Powers. In the event of illegitimate omission by the Public Administration or the Legislature, judicial control will be exercised through an examination of proportionality, giving greater weight to the criteria that favor the universalization of health actions and services.

Keywords: Fundamental right to health. Judicialization. Judicial control. Public policy. Proportionality.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Acórdãos de Judicialização da Saúde que mencionam CONITEC, Protocolos e NATs, por região do País (apenas Tribunais de Justiça) 19

Figura 2 – Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Região (considerando os números dos Tribunais de Justiça) 20

Figura 3 – Divisão de Acórdãos por objeto por região (apenas Tribunais de Justiça)..... 21

Figura 4 – Acórdãos que versam sobre medicamentos divididos por tema e região (apenas Tribunais de Justiça) 21

Figura 5 – Demandas por setor público em 2.ª instância (Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)..... 22

Figura 6 – Menção à CONITEC e seus protocolos, aos NATs e às listas de medicamentos no TJSP em 1.ª Instância 22

Figura 7 – 1.ª Instância do TJSP – Sentenças por assunto 23

Figura 8 – Demandas por medicamento no setor público em 1.ª Instância (TJSP) 23

Figura 9 – Procedência das ações e incidência de palavras-chave..... 24

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Quadro classificatório das funções do Estado.....57
Quadro 2 – Competência legislativa privativa da União.....187
Quadro 3 – Competência legislativa 188
Quadro 4 – Competência material privativa da União.....188
Quadro 5 – Competência material comum.....189

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1. Contextualização 13

1.1 Pesquisa Nacional de Saúde (PNS 2019) 15

1.2 Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução 2019 18

1.3 Delimitação do tema 25

1.4 Método 28

1.5 Desenvolvimento do trabalho 30

1. O ESTADO 33

1.1 Considerações iniciais 33

1.2 Da soberania 34

1.3 Os fins e fundamentos do Estado 40

1.4 O poder político 42

1.5 A teoria da separação de poderes de Montesquieu 43

1.6 A contemporânea teoria da separação de poderes 52

1.7 As funções estatais 55

1.8 O regime jurídico administrativo 61

1.9 A reserva da administração 71

1.10 Do princípio da deferência 72

1.11 A textura aberta do direito 74

1.12 Políticas públicas 77

1.13 Considerações finais 79

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 82

2.1 Considerações iniciais 82

2.2 Breve introito sobre a teoria dos direitos fundamentais 83

2.3 Da fundamentalidade das normas de direitos fundamentais. Fundamentalidade formal e material 84

2.4 Da estrutura das normas de direitos fundamentais 85

2.5 Da abertura do sistema dos direitos fundamentais 88

2.6 Das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais 90

2.7 Vinculação do Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais 93
2.8 Titulares dos direitos fundamentais 97
2.9 Direitos fundamentais como direitos subjetivos 98
2.10 Funções dos direitos fundamentais 100
2.11 Da classificação dos direitos fundamentais em gerações 101
2.12 Direitos fundamentais e a teoria do *status* de Jellinek 104
2.13 Dos direitos decorrentes das ações estatais negativas e positivas 105
2.13.1 Direitos de participação 105
2.13.2 Direitos de defesa 105
2.13.3 Direitos à prestação 106
2.14 Direitos originários à prestação e direitos não originários ou direitos derivados 107
2.15 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais 110
2.16 Limites dos direitos fundamentais 112
2.17 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais 115
2.18 Da proporcionalidade como proibição de excesso 117
2.18.1 Da adequação ou da idoneidade 120
2.18.2 Da necessidade ou da indispensabilidade 123
2.18.3 Da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação 125
2.19 Da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente 128
2.20 A dignidade da pessoa e a igualdade como balizas da proporcionalidade nos direitos sociais 130
2.20.1 Da dignidade da pessoa humana 130
2.20.2 Da igualdade 136
2.20.3 Da igualdade na distribuição de recursos 141
2.21 Considerações finais 143
3. DO DIREITO À SAÚDE 149
3.1 Das considerações iniciais 149
3.2 Direitos fundamentais sociais 150
3.2.1 Das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos sociais 153
3.2.2 Da multifuncionalidade dos direitos sociais 153
3.2.3 Das dimensões positiva e negativa dos direitos sociais 154
3.2.4 Dos direitos originários e derivados 156

3.2.5 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais 158
3.3 A reserva do financeiramente possível 161
3.4 A reserva de lei e a administração de prestações 163
3.5 A progressividade dos direitos sociais e a vedação ao retrocesso social 164
3.6 A dignidade da pessoa no âmbito dos direitos sociais 167
3.7 A teoria consequencialista do exame de proporcionalidade 171
3.8 A aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais 172
3.9 Metodologia jurídica e interpretação constitucional segundo Karl Larenz 176
3.10 Princípios de interpretação constitucional 179
3.11 Da Constituição de 1824 à Emenda Constitucional de 1969 em matéria de saúde pública 182
3.12 Das inovações da Constituição de 1988 no âmbito da saúde pública 184
3.13 Da competência constitucional em matéria de saúde pública 186
3.14 A racionalidade dos protocolos do SUS 192
3.15 Da omissão na atualização dos protocolos de saúde pública 202
3.16 Do exame da proporcionalidade no direito fundamental à saúde 204
3.17 Da jurisprudência em matéria de saúde 209
3.17.1 Do estudo de casos do Supremo Tribunal Federal 209
3.17.2 Revisão crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 219
3.17.3 Do estudo de caso do Superior Tribunal de Justiça 225
3.17.4 Revisão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça 226
3.18 Do estado da arte 227
3.19 Considerações finais 228
CONSIDERAÇÕES FINAIS 234
REFERÊNCIAS 240

INTRODUÇÃO

1. Contextualização

A Conferência Nacional de Saúde é um espaço democrático de discussão de políticas públicas na área da saúde. A 8.ª Conferência foi a primeira com ampla participação popular e que envolveu técnicos de diversas áreas do conhecimento. O Relatório Final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde de 1986[1] veicula as bases de nosso Sistema Único de Saúde criado pela então novel Constituição da República de 1988.

No documento, foi reconhecida a urgência de se construir um conceito mais amplo de saúde e de um fortalecimento e expansão do setor público. A materialização da saúde depende não só da formalização no texto constitucional, mas também da "necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-la".[2] Cita-se como um desses meios o "controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população".[3]

O consenso dos integrantes da 8.ª Conferência Nacional de Saúde formou-se no sentido de conceituar a saúde como um direito não abstrato, definido no contexto histórico de determinada sociedade e em dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.[4] Este é o conceito construído para a vindoura Constituição da República:

> Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso a posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

O Relatório concluiu que as limitações e os obstáculos ao desenvolvimento e aplicação do direito à saúde são de natureza estrutural, bem como que a salvaguarda do direito à saúde para toda a população brasileira exige, entre outros, assegurar na Constituição, a todas as

---

1 BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em: 29 set. 2022.

2 Ibidem, p. 4.

3 Ibidem, p. 4.

4 Ibidem, p. 4.

pessoas, as condições fundamentais de uma existência digna, protegendo o acesso a emprego, educação, alimentação, remuneração justa e propriedade da terra aos que nela trabalham, assim como o direito à organização e o direito à greve.

Outro ponto de interesse do Relatório reside no clamor pelo fortalecimento do papel dos Municípios mediante o financiamento adequado das ações de saúde, a legitimidade de práticas alternativas de assistência à saúde, a universalização a partir das áreas carentes e totalmente desassistidas, o atendimento compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis e a formulação e condução da política nacional de saúde pelo governo federal.[5] Quanto aos Municípios, seu fortalecimento depende da atuação conforme as características e as peculiaridades de cada caso, incumbindo-lhes a gestão dos serviços básicos de saúde.

Por fim, no tocante ao financiamento do setor, o Relatório da 8.ª Conferência demanda uma profunda reforma tributária, eliminando a regressividade do financiamento da política de saúde e garantindo maiores recursos aos Estados e Municípios para desenvolvimento de seus programas, mediante a ação do governo federal para reduzir as desigualdades regionais.

Nesse contexto, apresentaremos duas pesquisas oficiais para observar o estado atual do direito à saúde no Brasil.

A seleção da *Pesquisa Nacional de Saúde 2019*, assim como da *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução 2019*, como pontos de partida deste trabalho justifica-se pelo fato de terem sido publicadas no mesmo ano, permitindo a confrontação concomitante dos dados relativos à Administração Pública e ao Poder Judiciário. Revelam-se ainda as mais atualizadas das respectivas séries. A concomitância dos dados empíricos, por suposto, colabora para maior fidelidade do contexto em que se estuda o controle judicial sobre políticas públicas de saúde.

---

[5] No mesmo sentido, leia-se: ROMERO, Luiz Carlos. O sistema único de saúde. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na Carta Cidadã*, Brasília, v. V, 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte/view. Acesso em: 29 set. 2022.

1.1 Pesquisa Nacional de Saúde (PNS 2019)[6]

Em 1998, iniciou-se a Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) para a coleta de informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde, realizada a cada cinco anos em parceria do Ministério da Saúde com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Anteriormente, o levantamento de dados ocorria em suplemento específico da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD). A PNS é construída sobre três paradigmas: a) desempenho do sistema nacional de saúde; b) condições de saúde da população brasileira; c) vigilância das doenças crônicas não transmissíveis e os fatores de risco associados. Os resultados apontados adiante são extraídos da última pesquisa concebida no ano de 2019. As informações reunidas auxiliam na formulação de políticas públicas nas áreas de promoção, vigilância e atenção à saúde do Sistema Único de Saúde (SUS).[7]

Segundo a PNS 2019, os fatores socioeconômicos e ambientais associados aos estilos de vida são elementos que influenciam, diretamente, as condições de saúde da população. Aduz que a saúde é resultado da variada gama de aspectos relacionados à qualidade de vida, incluindo padrões adequados de habitação e saneamento, de oportunidades de educação, de comportamentos adotados e de acesso à assistência de saúde.[8]

Optamos por divulgar somente alguns resultados da PNS suficientes para contextualizar a complexidade dos fatores que influenciam as condições de saúde, assim como fornecer um quadro geral da saúde da população brasileira.

A PNS identificou um aumento de água canalizada em pelo menos um cômodo nos domicílios, subindo de 93,17%, na PNS 2013, para 96,7%, em 2019. Apenas 66,0% dos domicílios nacionais possuem banheiro de uso exclusivo e esgotamento sanitário por rede geral de esgoto ou fossa séptica ligada à rede geral. A coleta de lixo por serviço de limpeza alcança 91,4% dos domicílios, o equivalente a 67 milhões de unidades domiciliares. Há variações significativas entre as regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, de um lado, sempre com índices melhores, e das regiões Norte e Nordeste, do outro, com números inferiores.

---

6 BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019.* Informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101748.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

7 BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

8 BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019* cit.

No quesito visitas de equipes de saúde da família e de agentes de combate de endemia aos domicílios, houve um aumento de 6,7% em relação a 2019, reconhecendo 60,0% de domicílios cadastrados em Unidades de Saúde da Família. No entanto, verificou-se uma redução na frequência das visitas pelos agentes de saúde. Não obstante, os domicílios das regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte apresentaram índices superiores à medida nacional (38,4%), respectivamente, 46,8%, 42,6% e 38,7%.

Infere-se que 59,7% de pessoas ou 28,5% da população possui acesso à cobertura de plano de saúde, médico ou odontológico. A maior cobertura de plano de saúde varia conforme o grau de instrução do cidadão; quanto mais elevado o nível, maior a cobertura de saúde. Em números, 16,1% da população sem instrução ou ensino fundamental incompleto a 67,6% atinente à população com nível superior completo. Os resultados também esclareceram a relação direta entre a cor ou raça, nível de instrução e cobertura de plano de saúde. As proporções de cobertura são maiores quando o beneficiário é branco e com ensino superior.

Na PNS de 2019, foi constatado que 46,8% das pessoas indicaram a Unidade Básica de Saúde como o estabelecimento que costumavam procurar quando precisavam de atendimento. Consultório particular ou clínica privada foram apontados por 22,9% das pessoas e, na hipótese de Unidades de Pronto Atendimento (UPAs), pronto-socorro ou emergência de hospital público, por 14,1%.

A pesquisa também identificou que houve um aumento de pessoas que se consultaram com um médico no Brasil, cerca de 159,6 milhões (76,2%), em relação a 2013. No entanto, estatísticas demonstram que a proporção de pessoas que consultaram um médico cresce à medida que a faixa de rendimentos domiciliar *per capita* se eleva. No caso de consulta com dentista, apenas 49,4%. Nessa hipótese, também se verificou a relação entre a consulta e a faixa de rendimentos.

De acordo com a PNS 2019, 18,6% (mais de 39,0 milhões) das pessoas entrevistadas procuraram atendimento de saúde, percentual superior à PNS 2013 (15,3%). O percentual é maior conforme aumenta a faixa de rendimento domiciliar. Os atendimentos de saúde mais procurados correspondem a doença ou tratamento de doença (48,2%) e cuidados de rotina como vacinação, prevenção, *check-up* médico ou acompanhamento com outro profissional de saúde (25,1%).

O índice de obtenção de atendimento de saúde na primeira procura é de 73,6%, percentual inferior ao de 2013 (95,3%).

Constatou-se que das pessoas que conseguiram atendimento de saúde (exceto o serviço de marcação de consulta) 60,9% receberam prescrição medicamentosa. Destas, 85,0% adquiriram todos os medicamentos prescritos no último atendimento. A pesquisa evidencia que é maior o êxito na obtenção de todos os medicamentos prescritos nas pessoas com faixa de renda de mais de cinco salários mínimos (94,9%), enquanto nas duas faixas iniciais de rendimento o percentual ficou em 78,6%.

A obtenção de medicamentos no serviço público de saúde ostenta percentuais diversos. Na PNS de 2019, 30,5% (6,2 milhões) das pessoas conseguiram no serviço público, pelo menos, um dos medicamentos prescritos. A proporção de obtenção varia conforme o nível de instrução: 38,7% entre as pessoas sem instrução ou com ensino fundamental incompleto e 12,5% entre as pessoas com nível superior completo. Quanto ao critério etário, 34,3% das pessoas de 60 anos ou mais angariaram o medicamento prescrito. Há variação ainda no critério de rendimento domiciliar *per capita:* 42,3% das pessoas sem rendimento até ¼ do salário mínimo adquiriram pelo menos um medicamento no serviço público, ao passo que, na faixa de mais de cinco salários mínimos, apenas 7,1% das pessoas os obtiveram.

A internação em hospitais atingiu o índice de 6,6% (13,7 milhões) de pessoas. A maior proporção de internação está na faixa das pessoas idosas, de 60 anos ou mais de idade (10,6%). No SUS, o índice de internação alcançou 64,6% (8,9 milhões). Transcreve-se a conclusão da pesquisa neste ponto específico:

> A proporção de internação em hospitais do SUS foi maior entre os homens (65,4%), as pessoas jovens de 18 a 29 anos de idade (72,0%), bem como entre as pessoas pretas e pardas (75,9% e 73,6%, respectivamente). Quanto menor o nível de instrução, maior foi a proporção do indicador, variando, fortemente, de 79,6%, entre as pessoas sem instrução ou com ensino fundamental incompleto, a 21,1%, entre aquelas com nível superior completo.
> As disparidades são expressivas quando considerado o rendimento domiciliar *per capita* das pessoas que ficaram internadas em hospitais por 24 horas ou mais, nos 12 meses anteriores à data da entrevista, e a última internação foi pelo SUS. Esse indicador revela uma clara dependência das pessoas economicamente vulneráveis em relação ao SUS. Segundo estimativas da PNS 2019, estavam nessa condição 95,0% das pessoas sem rendimento até ¼ do salário mínimo e 89,8% daquelas situadas na faixa de mais de ¼ a ½ salário mínimo. Ao contrário do observado nessas faixas iniciais, somente 6,8% das pessoas com rendimento domiciliar *per capita* de mais de 5 salários mínimos tiveram sua última internação por meio do SUS. No meio rural, as internações via SUS também foram mais frequentes (85,9%) do que as registradas na área urbana (61,4%).

1.2 Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução 2019[9]

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, no ano de 2019, um relatório analítico propositivo sobre a judicialização da saúde no Brasil dentro da Série Justiça Pesquisa, concebida pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias, estruturada sobre dois eixos complementares entre si: I – Direitos e garantias fundamentais e II – Políticas públicas do Poder Judiciário. O primeiro eixo corresponde à realização de liberdades constitucionais consoante a efetiva proteção às prerrogativas constitucionais, ao passo que o segundo foca institucionalmente o planejamento, gestão de fiscalização de políticas judiciárias mediante ações e programas que colaborem para o fortalecimento da cidadania e da democracia.

A pesquisa denominada "Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução" foi desenvolvida pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), responsável pela coleta e análise dos dados respectivos.

Introduzindo o tema, a pesquisa detectou que a magnitude econômica do sistema de assistência à saúde atinge aproximadamente 10% da renda nacional com contínuo crescimento de volume tanto de serviços quanto de custos. Ficou consignado que a "judicialização da saúde" trata-se de uma *disputa estrutural por recursos*, atingindo níveis significativos do que seria previsível no mundo das relações socioeconômicas. O Brasil ostenta padrões epidemiológicos similares aos de países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Nesse contexto de distribuição de recursos escassos em uma sociedade complexa, incumbe identificar prioridades e as pessoas no foco das prioridades.

Revisando os dados sobre as causas da judicialização no sistema público de saúde, a pesquisa aponta que *as demandas podem decorrer de ineficiências na atuação da autoridade pública de saúde, que não executa a contento a política de saúde, ou, em contraposição, de pedidos individuais solicitando procedimentos e tratamentos não incluídos na política de saúde.*

Compulsando os dados empíricos, houve um crescimento de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância acerca do direito à saúde entre os anos de 2008 e 2017; esse percentual é superior ao de 50% relativo ao crescimento do número total de

---

[9] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

processos de primeira instância. Na segunda instância, o aumento de processos com discussão sobre direito à saúde alcançou o percentual de 85%; o número total de processos no segundo grau cresceu 40%.

Analisando o assunto classificado como "Saúde", que corresponde a disputas cujo tema é "saúde pública", representa 11,782% dos casos em tramitação.

A pesquisa salienta que os dados coletados indicam heterogeneidade entre Estados no que tange ao tipo de demanda enfrentada, mostrando-se necessária a investigação das causas dessa distinção regional.

Os números revelam que, em primeira instância, os Municípios figuram como parte passiva em 4,73% das ações, enquanto os Estados, em 3,87%. Observando a parte ativa na segunda instância, os percentuais demonstram elevado número de Municípios e Estados como recorrentes, indicando um incremento das decisões desfavoráveis à Administração Pública.

Os pesquisadores analisaram a identificação das ações por meio da menção a instrumentos administrativos do sistema de saúde para definir os medicamentos disponibilizados à população, ou seja, a relação do Poder Judiciário e a formulação da política pública. Eis o resultado:

Figura 1 – Acórdãos de Judicialização da Saúde que mencionam CONITEC, Protocolos e NATs, por região do País (apenas Tribunais de Justiça)

AGRUPAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA EM REGIÕES	CONITEC	NAT	PROTOCOLOS
Norte	0,76%	20,10%	4,24%
Nordeste	0,06%	24,59%	1,58%
Sudeste	0,10%	14,75%	4,77%
Sul	1,49%	9,67%	8,54%
Centro Oeste	0,04%	36,40%	7,41%
Total	0,51%	15,06%	5,83%

Figura 24: Acórdãos de Judicialização da Saúde que mencionam CONITEC, Protocolos e NATs, por região do País (apenas Tribunais de Justiça)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

No caso do Estado de São Paulo, a menção à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) alcança 0,10% dos acórdãos, ao Núcleo

de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NAT) são 14,50% e, genericamente a protocolos, atinge 5,00%.

A pesquisa ressalva que não é possível identificar se esses fundamentos foram colacionados para conceder ou negar a tutela pretendida, porém colaboram para a constatação de que é baixo o uso desses instrumentos nas decisões, podendo indicar *certo distanciamento entre a política pública formulada e o Poder Judiciário.*

Também foi investigada a menção às listas públicas das políticas de saúde no Brasil: a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e as relações municipais de medicamentos (REMUME). Eis o resultado:

Figura 2 – Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Região (considerando os números dos Tribunais de Justiça)

AGRUPAMENTO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA EM REGIÕES	RENAME	RENASES	REMUME
Norte	7,205%	0,232%	0,000%
Nordeste	2,977%	0,000%	0,025%
Sudeste	2,951%	0,005%	0,006%
Sul	4,682%	0,005%	0,005%
Centro Oeste	1,082%	0,000%	0,000%
Total	3,404%	0,007%	0,006%

Figura 26: Acórdãos que mencionam as Relações de Medicamentos, por Região (considerando os números dos Tribunais de Justiça)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

No Estado de São Paulo, a citação ao RENAME alcança 2,739% dos acórdãos, e ao RENASES e REMUME atinge 0,0005%.

Os valores revelam um percentual muito baixo de alusão às listas que integram o ordenamento jurídico sanitário. A função das listas corresponde à definição do conjunto de medicamentos e serviços a serem adquiridos pela Administração Pública e distribuídos aos usuários da rede pública, cuja formulação é guiada pela garantia do acesso e racionalização do gasto público.

O documento em comento considera como hipótese dessa reduzida menção às listas a alta judicialização de tecnologias de saúde e serviços não listados, salientando que, mesmo em tais situações, a referência às listas deveria ocorrer.

A figura infracolacionada, extraída do relatório do CNJ, apresenta os objetos das demandas dos processos segundo as regiões do Brasil.

Figura 3 – Divisão de Acórdãos por objeto por região (apenas Tribunais de Justiça)

OBJETO	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO OESTE	TOTAL
Consultas	5,2%	0,8%	1,9%	1,7%	2,4%	1,8%
Erro Médico	6,3%	2,3%	2,2%	4,5%	2,1%	2,9%
Exames	67,9%	40,7%	56,6%	59,9%	33,5%	55,6%
Imunização	0,4%	1,7%	1,2%	1,6%	0,6%	1,3%
Insumo ou Materiais	31,0%	23,4%	42,0%	20,6%	14,9%	33,1%
Insumos	0,1%	0,0%	0,0%	0,1%	0,2%	0,1%
Internação	28,3%	12,2%	19,0%	19,8%	21,8%	19,2%
Leitos	75,2%	69,5%	36,7%	60,3%	52,2%	46,7%
Medicamento	79,2%	56,3%	68,9%	74,6%	52,5%	69,1%
Procedimentos	65,0%	42,5%	49,4%	44,4%	36,9%	47,1%
Órteses Próteses e Meios Auxiliares	69,6%	45,1%	66,5%	63,4%	38,3%	63,0%
Transplante	2,4%	1,5%	1,5%	0,8%	1,1%	1,3%
Vagas	6,5%	2,4%	6,0%	3,5%	12,1%	5,4%

Figura 28: Divisão Acórdãos por objeto por região (apenas Tribunais de Justiça)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Os pesquisadores ressalvam que o volume de ações não *apresenta necessária relação proporcional com o custo despendido em possíveis ações deferidas*, pois, a título ilustrativo, procedimento de transplantes que são pouco demandados apresentam, porém, elevado custo.

As Figuras 4 e 5 indicam a categoria dos medicamentos solicitados no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Figura 4 – Acórdãos que versam sobre medicamentos divididos por tema e região (apenas Tribunais de Justiça)

	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO OESTE	TOTAL
Medicamento	79,20%	56,29%	68,87%	74,65%	52,48%	69,09%
Importado	8,08%	5,62%	7,78%	10,96%	3,04%	8,34%
Componente Básico	1,86%	0,44%	1,57%	3,30%	0,80%	1,97%
Componente Especial	0,35%	0,11%	0,38%	1,23%	0,15%	0,60%
Estratégicos	1,45%	0,46%	1,53%	1,89%	0,56%	1,52%
Não-Incorporados	0,12%	0,06%	0,23%	0,18%	0,00%	0,19%
Prevalentes SCODES[18]	1,51%	0,27%	2,65%	2,71%	0,24%	2,39%
Sem Registro Sanitário	0,12%	0,07%	0,28%	0,09%	0,10%	0,20%
Uso "Off Label"	0,35%	0,16%	0,26%	0,25%	0,15%	0,25%
Selecionados	2,96%	1,67%	5,06%	2,16%	1,13%	3,79%

Figura 30: Acórdãos que versam sobre medicamentos divididos por tema e região (apenas Tribunais de Justiça)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Figura 5 – Demandas por setor público em 2.ª instância (Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)

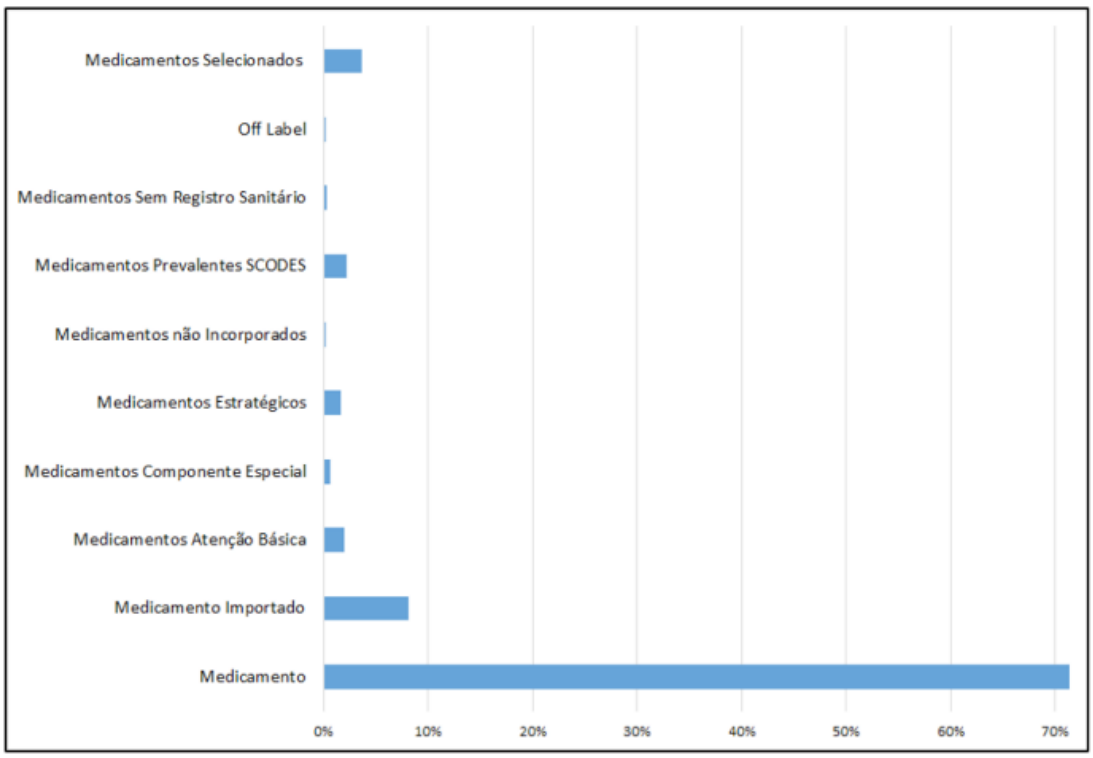

Figura 31: Demandas por medicamento no setor público em segunda instância (Tribunais de Justiça, TRF1, TRF4 e TRF5)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Analisadas as sentenças no Tribunal de Justiça de São Paulo, foram constatadas 107.497 ações acerca da saúde. As Figuras 6, 7 e 8 resumem os dados coletados.

Figura 6 – Menção à CONITEC e seus protocolos, aos NATs e às listas de medicamentos no TJSP em 1.ª Instância

CONITEC	NAT	PROTOCOLO	RENAME	RENASES	REMUME
0,22%	0,01%	3,43%	4,47%	-	0,01%

Figura 40: Menção à CONITEC e seus protocolos, aos NATs e às listas de medicamentos no TJSP em 1ª Instância

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Figura 7 – 1.ª Instância do TJSP – Sentenças por assunto

ASSUNTO	PERCENTUAL
Consultas	2,66%
Erro Médico	2,15%
Exames	56,60%
Imunização	5,39%
Insumo ou Materiais	40,,56%
Insumos	0,07%
Internação	18,04%
Leitos	28,10%
Medicamento	73,86%
Procedimentos	45,11%
Órteses Próteses Meios Auxiliares	67,58%
Transplante	1,29%
Vagas	7,25%

Figura 41: 1ª Instância do TJSP – Sentencas por assunto

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Figura 8 – Demandas por medicamento no setor público em 1.ª Instância (TJSP)

ASSUNTO	PERCENTUAL
Medicamento	73.86%
Medicamento Importado	11.06%
Medicamentos Atenção Básica	1.60%
Medicamentos Componente Especial	0.28%
Medicamentos Estratégicos	1.30%
Medicamentos não Incorporados	0.25%
Medicamentos Prevalentes SCODES	2.04%
Medicamentos Sem Registro Sanitário	0.15%
Off Label	0.21%
Medicamentos Selecionados	4.95%

Figura 42: Demandas por medicamento no setor público em primeira instância (TJSP)

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

Em seguida, a pesquisa organizou os dados relacionando o tipo de provimento (procedente, improcedente, parcialmente procedente e extinta) com as citações à ANVISA, CONITEC, NAT, CNJ, ADPF 45, concluindo que as políticas de gestão da judicialização do

CNJ recebem pouca atenção de juízes ao decidir. Também se constatou que os *dados apontam para uma maior atenção dos juízes a normas ou instituições responsáveis pela regulação da política de saúde pública (i.e. ANVISA e CONITEC), quando tais juízes estão inclinados a negar pedidos.* O Tribunal de Justiça de São Paulo foi analisado em apartado pelos pesquisadores porque *a judicialização da saúde em São Paulo é uma das mais antigas no País e de maior volume.*

Figura 9 – Procedência das ações e incidência de palavras-chave

	PROCEDENTE	IMPROCEDENTE	PARCIALMENTE PROCEDENTE	EXTINTA	TOTAL
ANVISA	1,2%	3,02%	7,52%	26,22%	3,88% (4.167)
CONITEC	0,13%	1,38%	0,11%	0,10%	0,22% (239)
NAT	0,0%	0,02%	0,03%	0,0%	0,01% (9)
CNJ	0,42%	1,7%	0,4%	0,07%	0,48% (514)
ADPF 45	1%	0,34%	0,29%	0,39%	1% (1,071)

Figura 45: Procedência das Ações e incidência de palavras-chave

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

O relatório final de confrontação dos dados sustenta que *há certa desconexão entre as decisões analisadas e as normas de direito sanitário específicas aplicáveis aos temas recorrentes em demandas judiciais de saúde, assim como considerável desconexão entre as políticas públicas formuladas nas instâncias competentes e as decisões judiciais exaradas, por exemplo, decisões que concedem medicamentos de forma desarticulada aos Protocolos Clínicos e às Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde*.

Consoante afirmado no documento, a efetivação do direito à saúde perpassa peremptoriamente pela normatização de políticas públicas, que estruturam as ações e os serviços públicos à disposição do Estado para atendimento da população, com base nos princípios constitucionais da universalidade, da equidade e da integralidade.

> Na medida em que as políticas públicas de saúde, ofertadas no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS – são definidas por normas jurídicas vigentes e válidas, é de se supor que sua observação pelos magistrados é fundamental, especialmente se considerarmos que tais normas são formuladas visando à maior eficiência do sistema.[10]

[10] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

O documento sustenta ainda que essa desarmonia conduziu à identificação dos seguintes problemas: *a) o aumento contínuo das demandas judiciais; b) a alta sensibilidade social e emocional do tema; c) o desconhecimento do ordenamento jurídico sanitário, especialmente das políticas públicas aplicáveis aos casos concretos; d) a presença de diversos atores institucionais no campo da saúde que são determinantes para a efetividade da prestação jurisdicional; e) a falta de acesso rápido e fácil às informações estratégicas, por parte dos juízes, para que possam fundamentar suas decisões.*

A pesquisa conclui que *os grandes desafios para a proteção do direito à saúde no Brasil, hoje, residem na criação e disponibilização à sociedade de garantias jurídicas, políticas processuais e institucionais eficazes a esse direito*:

> No que se refere especificamente ao direito à saúde, foram criadas pela Constituição diversas garantias jurídicas de alta relevância operacional para a definição do conteúdo do direito à saúde e a sua efetiva proteção. São garantias obrigacionais (*e.g.*, saúde como dever do Estado fixado pelo art. 196 da CF); garantias financeiras (*e.g.*, vinculação orçamentária fixada pelos §§ 1.º a 3.º do art. 198 da CF); garantias institucionais (*e.g.*, criação do Sistema Único de Saúde pelo art. 198, *caput*); e, inclusive, garantias de abrangência do conteúdo jurídico do direito à saúde (*e.g.*, princípios da universalidade e integralidade dos serviços públicos de saúde fixados pelos arts. 196 e 198 da CF).[11]

Conclui ainda sobre a conjugação do reconhecimento do direito e também das garantias para sua efetividade:

> A proteção do direito à saúde depende, portanto, não apenas de seu reconhecimento expresso pela Constituição, mas principalmente da definição de garantias jurídicas eficazes capazes de organizar um sistema de defesa do direito que assegura ao cidadão, quando necessário, o acesso ao direito.

1.3 Delimitação do tema

A Pesquisa Nacional de Saúde 2019 indica que, a despeito de a Unidade Básica de Saúde ser o equipamento mais procurado, o índice é inferior a 50%. Houve incremento do número de pessoas que se consultaram com um médico no Brasil em relação a 2013, no entanto a proporção favorece a população com rendimentos mais elevados. Constatou-se também aumento na procura por atendimento de saúde em relação a 2013, ficando consignado que são maiores os

[11] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução cit.

percentuais de atendimento de saúde para doença ou tratamento de doença do que para vacinação, prevenção, *check-up*, acompanhamento com outro profissional.

Entretanto, os dados demonstram uma redução de mais de 20% no índice de obtenção de atendimento de saúde na primeira procura em relação a 2013. A despeito de o percentual de pessoas que conseguiram obter todos os medicamentos prescritos no último atendimento atingir 85,0% dos que receberam prescrição medicamentosa, a pesquisa revela que o êxito é superior na faixa de rendimentos de mais de cinco salários mínimos e inferior nas faixas iniciais de rendimento. Vale ressaltar que o índice de êxito nas faixas mais baixas difere da faixa de rendimento de mais de cinco salários mínimos em mais de 15%.

Na rede pública de saúde, o índice de pessoas que conseguiram, no serviço público, pelo menos um dos medicamentos prescritos, é de apenas 30,5%, portanto menos da metade dos 78,6% posicionados nas faixas de renda iniciais que obtiveram medicamentos na última consulta, conforme explanado no parágrafo imediatamente anterior.

Na pesquisa idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça 2019, os números apontam um progressivo crescimento do volume de serviços e de custos, delimitando a "judicialização da saúde" como uma *disputa estrutural por recursos.* Diante dos números coletados e da escassez de recursos a serem distribuídos em uma sociedade com perfil epidemiológico misto de países desenvolvidos e subdesenvolvidos, a pesquisa se propôs a identificar prioridades e as pessoas no foco das prioridades.

Os dados demonstram que as demandas judiciais se encontram diretamente relacionadas à atuação ineficiente da autoridade pública de saúde e nos pedidos individuais com solicitação de procedimentos e tratamentos não incluídos na política de saúde.

Os Municípios são os maiores demandados, seguidos dos Estados. Identificou-se ainda que a menção aos protocolos de saúde, como CONITEC, NAT, RENAME, RENASES, REMUME e protocolos em geral, ainda é ínfima em relação à quantidade de processos em tramitação, indicando um distanciamento entre a política pública elaborada e o Poder Judiciário, o que pode representar obstáculo à garantia de acesso e racionalização do gasto público.

Das figuras colacionadas em outro tópico neste capítulo, dessume-se que o percentual de pedidos de medicamentos não incorporados é inferior ao de outros pleitos, o que, contudo, não significa redução de custo.

Também foi consignado em outro tópico que a pesquisa concluiu pelo descompasso entre as decisões coletadas e o complexo de normas de direito sanitário aplicáveis,

especialmente quanto aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. No relatório apresentado, é expresso que a efetivação do direito à saúde não prescinde da normatização das políticas públicas com supedâneo nos princípios constitucionais da universalidade, equidade e integralidade.

A confrontação das pesquisas demonstra que mesmo a saúde básica é carente de proteção e a prevenção ainda é relevada, culminando na posterior procura por assistência de saúde para doenças ou tratamentos de doença, sufocando o SUS.

A colação dos dados supramencionados parametriza o retrato atualizado do direito à saúde no Brasil dos pontos de vista administrativo e judicial. Os dados apontam a exigência de a decisão judicial volver-se às discussões democráticas traçadas no contexto da edição da Constituição da República, isto é, no âmbito da 8.ª Conferência Nacional de Saúde, resgatando as diretrizes de construção do Sistema Único de Saúde. Indicam, por fim, o clamor para a compreensão do direito à saúde como algo mais amplo do que tão somente disponibilização de medicamentos. Relevante também o entendimento da questão estrutural para efetivação do acesso universal às ações e serviços de saúde pública, bem como do conhecimento técnico nas diversas áreas para o fortalecimento do direito à saúde.

Faz-se mister extinguir o descompasso entre as decisões judiciais e as normas sanitárias, sob pena de aumento contínuo das demandas judiciais e desarticulação do SUS com consequente declínio na proteção do direito fundamental à saúde. A concessão de medicamentos e tratamentos não respaldada por critérios empíricos, que fundamentam a estruturação do SUS e suas escolhas alocativas, pode conduzir o sistema ao colapso, causando uma fragilização do sistema protetivo.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar o controle judicial nas hipóteses de medicamentos e tratamentos não previstos nas políticas públicas de saúde diante dos dados colacionados nas pesquisas supramencionadas.

Para os objetivos de nossa pesquisa importa o exame da judicialização da saúde pública, haja vista as balizas normativas que regem a Administração Pública, tais como princípio da legalidade, vinculação ao orçamento, boa administração, a título ilustrativo, assim como os limites de atuação do Poder Judiciário em virtude do princípio da separação dos poderes e a efetivação de um direito fundamental social.

Nessa toada, questiona-se se o Judiciário poderia ou não determinar ao Poder Executivo o atendimento de demanda medicamentosa ou de tratamento, quando ausente dos protocolos de saúde o objeto pretendido e, em caso positivo, em qual medida.

Para os fins desta pesquisa, compreendem-se como protocolos do SUS as medidas previstas na Lei 8.080/1990;[12] a RENASES,[13] prevista no Decreto 7.508/2011; as tecnologias deliberadas pela CONITEC,[14] nos termos do Decreto 7.646/2011; a Política Nacional de Medicamentos,[15] constante da Portaria 3.916/1998, do Ministério da Saúde, na RENAME[16] e REMUME.[17]

1.4 Método

A pesquisa será desenvolvida mediante uma abordagem sistêmica e dogmática.

A sistematização auxilia na função de conferir unidade às distintas categorias e formas jurídicas. Essa função organizadora contribui para garantir a evolução dogmática e resiliência dessas categorias diante do advento de mudanças sociais. Ao pensar a problemática da efetivação do direito à saúde de modo racionalizador e analítico, pretende-se incrementar de modo sustentável e eficiente o SUS. Garantir a estrutura orgânica e funcional do sistema brasileiro implica sua progressiva e concreta implementação e universalização.

Nessa perspectiva, os diferentes conceitos e categorias apartadas serão examinados segundo uma construção sistêmica com o fim de preservar a unidade do conjunto, inclusive no tocante aos efeitos e consequências. O sistema busca precisão e efetividade.[18]

---

12 BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 cit.

13 BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 26 maio 2022.

14 BRASIL. Decreto n.º 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

15 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

16 Ibidem.

17 Ibidem.

18 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 5.

Consoante as lições de Schmidt-Assmann,[19] a perspectiva sistemática no direito administrativo mostra-se por meio de três funções jurídicas fundamentais, quais sejam a prática, a dogmática e a política. A prática opera como um repositório dos diversos casos examinados, ao passo que a política se contrapõe às normas e instituições jurídicas ao balizar os valores e um melhor tratamento de pontos que reclamam por progresso.

Ainda segundo Schmidt-Assmann, a função dogmática consiste em resolver e decidir as questões jurídicas suscitadas, concretas e singulares, por meio da argumentação jurídica e coerente, com referência a um sistema.[20] Sustenta que os conceitos e as instituições jurídicas gerais auxiliam a interpretação e a compreensão das normas especiais e, inversamente, os conceitos e as categorias gerais se submetem a uma revisão resultante da constante evolução do direito administrativo e da sociedade. Por conseguinte, a dogmática pressupõe um tempo de utilização do sistema estabelecido, assim como sua construção e revisão.[21]

Schmidt-Assmann aponta a jurisprudência e a doutrina como elementos da dogmática que servem como parâmetro do contínuo avanço da construção do direito.

Robert Alexy assenta a teoria dogmática em três dimensões: analítica, empírica e normativa. A primeira dimensão corresponde ao exame de conceitos elementares; a segunda dimensão, à compreensão do direito positivo válido e à aplicação das premissas empíricas na argumentação jurídica; e, por fim, a terceira dimensão volta-se para o conhecimento e crítica da prática especialmente jurisprudencial.[22]

Confrontando-se ambas as teses, infere-se que as perspectivas não são antagônicas, mas complementares.

Diante dessa constatação, esta pesquisa será fundamentada no exame dos conceitos correlatos ao tema, com fulcro na doutrina do direito positivo, nas premissas empíricas de sustentação racional e, por fim, na análise crítica da jurisprudência nacional.

---

19 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema* cit., p. 8.

20 Ibidem, p. 7.

21 Ibidem, p. 7.

22 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

1.5 Desenvolvimento do trabalho

O trabalho é desenvolvido em cinco seções, considerando a Introdução e as Considerações Finais. São três os capítulos que intermedeiam esses pontos: Capítulo 1 – O Estado; Capítulo 2 – Dos direitos fundamentais; e o Capítulo 3 – Do direito à saúde.

A escolha da sequência é entabulada segundo noções gerais dos institutos até sua adoção particular ao direito à saúde. Por essa razão, o ponto de partida é a compreensão da figura do Estado para, ao fim do percurso, aplicar os institutos ao específico direito fundamental social.

No Capítulo 1 – O Estado, foca-se a análise do surgimento do Estado constitucional, os fins e os fundamentos que o legitimam, a estruturação do conceito de soberania, poder político e da teoria da separação de poderes, na vertente clássica e contemporânea. As funções estatais são investigadas para esclarecer os obstáculos rotineiramente apontados para a atuação do Poder Judiciário na realização de direitos sociais. Com as observações gerais, prossegue-se na análise de temas específicos à Administração Pública, como regime jurídico administrativo, reserva da administração, princípio da deferência, e ao Judiciário, quanto à textura aberta do direito, como sustentação da atuação judicial. Ingressa-se, assim, no conceito de políticas públicas para balizamento do tema.

No Capítulo 2 – Dos direitos fundamentais, a atenção se volta para o exame da teoria dos direitos fundamentais, especificamente quanto à estrutura das normas de direitos fundamentais e abertura do sistema, as dimensões subjetiva e objetiva, a vinculação dos poderes estatais, titularidade e função dos direitos fundamentais, direito subjetivo, construção da ideia de direitos à prestação, direitos originários e derivados, âmbito de proteção, limites e conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Por fim, discorre-se sobre a proporcionalidade como instrumento de delimitação do conteúdo essencial e definição do direito subjetivo à saúde, perpassando pelo exame da dignidade da pessoa e igualdade – sem olvidar da igualdade na distribuição de recursos – como base de aplicação.

No Capítulo 3 – Do direito à saúde, retomam-se conceitos gerais lançados nos capítulos anteriores com aprofundamento no aspecto do direito social e especificamente do direito à saúde. A questão da justiciabilidade ou exigibilidade dos direitos sociais é resgatada para tratamento com a teoria da reserva do financeiramente possível. O estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, da metodologia jurídica, assim como dos princípios constitucionais, preenche eventuais lacunas sobre a exigibilidade dos direitos sociais. Confere-se especial ênfase à progressiva realização dos direitos sociais e à vedação do retrocesso social

como elementos basilares para a aplicação da proporcionalidade na revelação do direito subjetivo resultante dessa atividade. Faz-se referência ainda à teoria consequencialista do exame de proporcionalidade para justificar a opção pela teoria oposta (tese da afetação-limitação).

Ainda no Capítulo 3, inicia-se a revisão da matéria saúde pública nas Constituições brasileiras, culminando na análise discriminada da Constituição da República de 1988. Segue-se então para o exame da racionalidade que permeia a elaboração dos protocolos do SUS, causas e consequências da omissão na atualização dos protocolos de saúde pública, apontando-se os critérios a serem atribuídos maiores pesos no exame de proporcionalidade para identificação do conteúdo do direito público subjetivo à saúde. Por fim, o capítulo arrola decisões judiciais simbólicas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça para o estudo do direito à saúde, efetuando uma revisão crítica do inteiro teor e delineando o estado da arte sobre o tema.

Os capítulos são estruturados a partir de considerações iniciais, culminando com considerações finais atinentes ao objeto específico desenvolvido. Ao longo dos capítulos são feitas ressalvas acerca do conteúdo e alcance de termos utilizados, sem prejuízo do cotejo a seguir.

Considerando que a expressão princípio é repetidamente escrita nesta pesquisa em contextos diversos, um apontamento é de rigor.

Conforme explanado no Capítulo 2, princípios são uma espécie de norma, assim como as regras, variando de acordo com alguns critérios, como abstração e generalidade. Baseando-se nesses elementos, formalmente, a proporcionalidade não pode ser abordada como tal, porque, para sua aplicação, exigir-se-ia o próprio exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para Virgílio Afonso da Silva,[23] o correto seria atribuir a denominação de "regra da proporcionalidade", ao passo que para Jorge Miranda[24] seria mais adequado o uso da expressão "postulado", assim como nas referências a "princípios constitucionais", porque, em verdade, orientam a aplicação das normas jurídicas.

---

[23] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

[24] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A proporcionalidade é aplicada com base na adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, também discriminadas como máximas, subprincípios ou critérios, a depender do autor.[25]

Em razão da diversidade de usos, urge delimitar em que sentido a proporcionalidade é explorada. Considerando a disseminação no meio jurídico, utilizar-se-á em alguns momentos a expressão "princípio da proporcionalidade", sem que, no entanto, corresponda a uma espécie de norma jurídica como proposto por Robert Alexy,[26] mas sim nas perspectivas de Virgílio Afonso da Silva e Jorge Miranda. No mesmo sentido e indistintamente serão utilizadas as expressões máximas, subprincípios ou critérios ao nos referirmos à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No estudo do regime jurídico administrativo, também é célebre o uso da expressão princípio como elemento estruturante de um sistema, e não como espécie de normas, razão pela qual se adverte para o sentido destacado nesta pesquisa.

A despeito de o controle de constitucionalidade se referir à atividade legislativa e o controle de juridicidade, à atividade administrativa, os assentamentos neste trabalho são analisados conjunta e indistintamente, porque, em um ou outro caso, salienta-se o controle judicial sobre uma ação ou omissão legislativa ou administrativa, com fulcro na Constituição. Por suposto, especialmente quando do exame da proporcionalidade sobre os auspícios da tese da afetação-limitação no Capítulo 2 – Dos direitos fundamentais, a menção à intervenção legislativa também abarca a atividade administrativa, assim como a referência à omissão legislativa engloba a omissão administrativa.

---

[25] A título ilustrativo: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.; BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

[26] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

1 O ESTADO

1.1 Considerações iniciais

A pretensão deste capítulo reside no estudo do Estado, a partir da construção do conceito de soberania, seus fins e fundamentos, poder político, separação de poderes e assuntos decorrentes dessa estrutura.

Para a adequada compreensão do tema é mister iniciar o exame por aquilo que se entendia como soberania no Estado absolutista e sua mutação com o advento do Estado constitucional para soberania popular. Em seguida, trataremos dos fins e fundamentos do Estado na perspectiva de Rousseau, Kelsen, Kant e Hegel, a título ilustrativo, porque suas lições orientam a íntegra deste trabalho e fundamentaram o próprio questionamento que originou esta pesquisa.

O poder político representa a base para a distribuição das funções estatais e auxilia na compreensão de cada qual.

Para manter a coerência temporal da transição da soberania real para a soberania do povo ou ainda da derrocada do Estado absolutista, optamos por tratar em seguida da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, que também serviu de parâmetro primordial para a construção do Estado constitucional que surgia com a Revolução Francesa.

Na evolução da teoria de Montesquieu, discorreremos sobre a perspectiva da teoria contemporânea da separação de poderes na vertente positiva e negativa, sem perder de vista a relevância do escritor francês para configurar a contenção do poder pelo próprio poder.

No tópico posterior, cumpre identificar as funções estatais com seus elementos característicos e sua inter-relação, avançando para o exame do regime jurídico administrativo e seu conteúdo circunscrito à supremacia do interesse público e à indisponibilidade, pela Administração, do interesse público.

A delimitação do tema pressupõe uma investigação sobre o conceito de interesse público que repercutirá na compreensão dos princípios fundantes do regime jurídico administrativo. Optamos por tratar da legalidade como juridicidade, e não só o instrumento normativo advindo do Poder Legislativo. A razoabilidade e a proporcionalidade serão desenvolvidas nos capítulos

seguintes em virtude de melhor aderência ao tema dos direitos fundamentais, especificamente do direito à saúde.

Na sequência, trataremos acerca da reserva da Administração e do princípio da deferência, assinalando a importância do âmbito de conformação da Administração Pública e o respeito a sua *expertise* na execução técnica das políticas públicas. Anote-se que esse tema se conecta intimamente ao exame de proporcionalidade que será realizado no capítulo seguinte, tendo em vista que o grau de intensidade do controle judicial dependerá da certeza empírica sobre determinada escolha legislativa ou administrativa.

Justificado o respeito às escolhas técnicas do gestor público, caminharemos para a análise da textura aberta do direito conforme a teoria de Hart.

Por fim, será desenvolvido o tema das políticas públicas por se tratar dos programas de ação do Estado, conduzindo-se aos questionamentos desta pesquisa, especialmente no tocante a quem cabe planejar, executar e controlar as políticas públicas e os limites estabelecidos, bem como sua distinção de direito público subjetivo que será analisada nos capítulos subsequentes.

1.2 Da soberania

O Estado absolutista caracterizou-se amplamente pela concentração de poder nas mãos do monarca. A partir da ideia de que todo o poder do rei advinha de Deus, a dominação sobre o povo ganhava contornos divinos e quase incontestáveis. Afinal, não se poderiam impugnar os desígnios do sobrenatural sempre onipresente e onisciente. O povo servia ao monarca como se servisse ao próprio Deus, e talvez nisto consistissem o fundamento e a finalidade da sujeição.

Nesse período, surge a noção de soberania como tentativa de legitimação e sustentação do poder real.

Segundo Léon Duguit,[27] a origem primeira do poder remonta ao direito romano, tal como parte significativa das instituições europeias que, contudo, veio a colapsar durante o período feudal e reaparecer na época moderna. Por conseguinte, a soberania real é construída a partir do *imperium* romano e do poder do senhor feudal.

No início do Império Romano, surge uma teoria jurídica do poder público, que posteriormente receberá a denominação de soberania. Embora a titularidade pertença ao povo,

---

[27] DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Navarra: Analecta, 2006.

é possível delegar ao príncipe pela *lex regia,* que passa a concentrar todos os poderes da República anteriormente repartidos.[28]

Com a evolução, a autoridade imperial passa a ostentar dois poderes: a) *imperium,* nascido da transferência pela *lex regia*; b) *potestas,* como um direito inerente a sua própria qualidade humana, sem qualquer delegação pelo povo.

O advento do período feudal trouxe consigo o desaparecimento da noção de *imperium* e a organização da relação do senhor feudal e de seu vassalo a partir de um regime contratual fundamentado na *concordia*, que deve unir homens, poderosos ou não, por uma série de direitos e deveres recíprocos.

Não obstante, a noção de *imperium* não desaparece por completo, remanescendo na Alemanha e na França, em benefício do imperador e do rei, diante da ideia de que incumbe ao rei o dever de assegurar a paz pela justiça.

Essa ideia de dever e poder para assegurar a paz e a justiça funciona como força motriz para reconstruir o *imperium* a favor do rei da França. O *imperium* é fruto do *dominus* individual, pelo qual o proprietário tem direito absoluto sobre uma coisa. Por conseguinte, o *imperium* real também é um poder absoluto que estrutura o Estado patrimonial.

A formação desse Estado patrimonial pode se justificar por duas causas. A primeira consiste na persistência de institutos jurídicos romanos, como se observa na figura do *dominum* do indivíduo. A segunda causa se encontra no vínculo entre o poder e a posse de territórios, donde o direito de ordenar é um direito análogo ao direito de propriedade; o rei, individualmente considerado, é o titular do direito subjetivo de propriedade que pode transmiti-lo a seus herdeiros pela sucessão.

Bodin surge como o primeiro teórico a designar a palavra soberania como poder real, posicionando-se como o maior defensor da teoria da soberania real, no século XVI. Em sua visão, o rei é pessoalmente similar à soberania. Para delinear seu conceito de soberania, Bodin se utiliza da definição de república como sinônimo de Estado, entendendo-se como tal um conjunto de famílias ou grupos submetidos a uma só e mesma autoridade. A república seria governada por três leis: a) a lei moral, relacionada à intimidade de cada indivíduo; b) a lei

---

[28] "La autoridade imperial tiene como fundamento dos poderes: el imperium proconsular, nascido del sistema de la prorrogación, y el poder tribunício, nascido de las instituciones plebeyas. El príncipe recibe el imperium proconsultar del Senado o del ejército: el Pueblo le transfiere por la lex regia el poder tribunício" (DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público* cit., p. 4).

doméstica, aplicável no âmbito doméstico pelo chefe de família; c) a lei civil, aplicável aos integrantes da sociedade política.[29]

A soberania seria então um poder absoluto e perpétuo de uma república, um amálgama das relações sociais a partir do qual são construídos o modo de vida e o convívio em sociedade. Esse poder absoluto do rei é superior, independente, incondicional e ilimitado: Superior, porque não há posição de igualdade entre o monarca e aqueles submetidos ao poder soberano; independente, porque seu detentor é livre para agir segundo seus preceitos; incondicional, porque não se submete a condições e obrigações; e, por fim, ilimitado, porque a limitação é incompatível com a ideia de um poder supremo. A liberdade de atuação do soberano é justificada pela necessidade de fazer cumprir as metas do Estado.

O poder soberano é ainda indivisível, incontrastável e inalienável; pertence apenas ao soberano, sendo incomunicável aos súditos sob pena de extirpar a própria ideia de soberania. Significa estar acima das leis civis, inclusive com a possibilidade de revogar o direito positivo. Não obstante, a afirmação de que o soberano está fora da legalidade não é de todo verdadeira, uma vez que ele vive na legalidade no sentido de que dele emanam as leis para a sociedade, não porque submetido a esse instrumento. Nessa perspectiva, somente ocorre mudança no ordenamento político quando o poder soberano passa às mãos de outrem, não importando quaisquer modificações religiosas, econômicas ou sociais.

O fundamento teológico explicita os contornos do poder naquela época. Não há limites jurídicos à decisão real; o príncipe é guiado pela sua própria prudência e juízos morais. Em verdade, o rei não estava submetido a qualquer obrigação ou relação de ordem jurídica.

Não obstante, de certa forma, há sim limites ao poder soberano, os quais se encontram em leis divinas e naturais, portanto anteriores ao soberano.

Dessarte, nos séculos XVII e XVIII, a soberania é o direito de mando, cuja titularidade pertence ao rei. É um direito com as mesmas características do direito de propriedade. A soberania é uma propriedade una, indivisível e inalienável.

Como resultado das grandes revoluções do século XVIII, a saber, a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa, o poder soberano do rei é substituído em 1789 pelo contrato social, de Rousseau, dando lugar à soberania popular. Transfere-se à nação

---

[29] DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público* cit.

a titularidade do direito subjetivo de comando, que passa a se organizar na forma de Estado, emergindo-se, pois, o Estado constitucional.

Os documentos constitucionais da época revolucionária, com especial atenção à Revolução Francesa, exploram o caráter histórico da soberania, assim como o fez Rousseau para delinear seu contrato social. Há clara tentativa de posicionar os direitos diante do novo poder soberano. O objetivo é cessar com a concepção de privilégios e do direito consuetudinário a fim de lançar luzes sobre a relevância do bem público. Rompe-se com a superioridade do rei como mensageiro de Deus para consolidar o governo de homens com bases de sustentação em nova roupagem, ainda que tomando como ponto de partida as instituições até então existentes.

Segundo García de Enterría,[30] a Revolução Francesa acaba por "desencantar" o poder, reduzindo-o a um mecanismo humano e racional.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 constrói o fundamento da nova ordem calcada na soberania[31] da Nação, na igualdade e liberdade[32] entre os homens. Como livres e iguais, cabe apenas a outro homem criar e exercer um poder que submeta o outro à obediência, o que marca firmemente a transferência da soberania do monarca para o povo, que o exercerá dali em diante. No esforço de a nação assumir a soberania a partir de então, como se lê do artigo 3.º, fica obstada qualquer alegação de apropriação histórica ou pessoal do poder que o regime monárquico garantia à monarquia e às propriedades hereditárias. A autoridade passará a ser exercida pelo povo, por meio de agentes, provisória e temporariamente. Não há lugar para a propriedade hereditária de poder. Insistindo na presunção de que a soberania é incorporada ao povo de forma inseparável e permanente, o poder jamais é exercido em nome próprio, como um direito pessoal, reverberando, por conseguinte, na impossibilidade de delegação total do exercício da soberania; apenas é admitida a delegação parcial, fragmentada e limitada.

No Estado criado sob a égide dos preceitos revolucionários, forte na teoria do contrato social, não se admite a visão de representação; fala-se em delegação. Surge então a partição entre representantes e agentes, contribuindo para a formação da organização estatal do direito

---

30 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las bases de la formación del derecho público revolucionario. *In:* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*: la formación del derecho público euroupeu tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 1994. Cap. 3, p. 102.

31 "Art. 3.º O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente."

32 "Art. 1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum."

público francês após 1789. Os agentes são eleitos para o exercício temporário de funções administrativas, sem qualquer feição de representação e assim são identificados porque somente podem atuar em virtude da lei, que é o supedâneo da vontade geral.

García de Enterría[33] anota que o conceito de nação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não se equipara ao posteriormente desenvolvido pelos alemães, haja vista que a matriz revolucionária é individualista e não histórica, significando simplesmente um corpo comum representado pela legislatura que expressa a vontade da nação.

No regime pré-revolucionário somente relações privadas eram estabelecidas, visto que o rei se submetia apenas ao direito natural; por estar em posição superior, não integrava qualquer relação jurídica, principalmente de responsabilização.

O trespasse do poder do rei para o povo exigia novos contornos definidores; a mera expressão retórica de modificação de titularidade deveria se fazer acompanhar de ações concretas e perceptíveis pela massa popular até então subjugada. É nesse contexto que a lei é elevada ao instrumento maior dessa nova versão da soberania. O exercício desse poder do povo, criado pelo pacto social, ocorrerá nos limites da lei, que é a expressão da vontade geral.

No regime principesco, o governo cingia-se à vontade do monarca, em razão de sua legitimação divina, por meio de ordens gerais e mandamentos singulares e particulares a seu exclusivo arbítrio. Com a passagem do poder para o povo, as leis gerais e comuns a todos transformam a relação política do cidadão, que abandona o caráter de sujeição ou subordinação pessoal para assumir contornos de uma relação jurídica de obediência à lei.

A lei funcionará como o limite das liberdades e harmonizará a convivência entre os homens em determinada sociedade, conforme arcabouço normativo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 traçado pelos artigos 4.º,[34] 5.º[35] e 6.º.[36] A conjugação dos

---

[33] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las bases de la formación del derecho público revolucionario cit., cap. 3, p. 107.

[34] "Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei."

[35] "Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene."

[36] "Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos."

mencionados artigos, além de servir como parâmetro de limite da coexistência em sociedade, molda a essência da legalização do exercício do poder que formará o direito público europeu.

A lei é resultado da liberdade dos cidadãos que deliberam, por si ou por seus representantes, suas regras de convivência. Nessa perspectiva, perseguirá invariavelmente a liberdade e a igualdade, que são os fins do sistema legislativo. Como expressão da vontade geral, a lei redunda na produção de preceitos marcados pela generalidade e igualdade entre todos, colaborando para a construção de limites entre os direitos envolvidos e, por conseguinte, como garantia de liberdade. Acreditava-se à época que a generalidade servia de escudo protetor ao indivíduo contra a parcialidade dos governantes.

Se, por um lado, no regime absolutista, a aplicação da lei é variável, por outro, no regime revolucionário, a lei é produto da vontade geral, decidida livremente pelo povo, que se expressa por meio de normas gerais e comuns. No então novel regime, o objetivo das leis é geral e os sujeitos são tratados em conjunto e as ações de forma abstrata. No antigo regime, de outro modo, as leis são instrumentos opressivos de reforço de privilégios.

De modo pioneiro, o poder se apoia em ferramentas lastreadas em disposições escritas e certas, fruto de deliberação das Assembleias, que, ao serem publicadas, permitem ao cidadão conhecer seu conteúdo, ao contrário do regime anterior. Eleva-se um sistema cujo conteúdo dos direitos e deveres está abstratamente predeterminado na lei, assim como a atuação estatal na vida social.

A lei paira sobre os homens e assim se assegura que um homem singular não mandará nos demais. Essa função incumbe à lei. Por decorrência, a titularidade de qualquer autoridade pública reside na lei, e não em outro homem. A concepção francesa *régne de la Loi* traduz a ideia revolucionária de que o órgão público exerce o poder conforme previsão, limites, medida, procedimentos e condições estabelecidas pela lei. Nessa toada, os agentes públicos são meros executores da lei e se limitam a particularizar ou aplicar, no caso concreto, a consequência jurídica abstratamente prevista na lei.

Se a lei é instrumento de liberdade e garantia de igualdade, refutam-se ordens arbitrárias advindas dos agentes estatais sem qualquer previsão legal. Em contrapartida, na hipótese de emissão de qualquer ato ilegal, também o modo de resistir à ilegalidade encontra abrigo na lei.

Dessarte, na concepção revolucionária, o poder político se traduz na autodisposição da sociedade sobre si mesma pela vontade geral surgida com o pacto social, externada por meio

de uma lei geral e igualitária, cujo fim é garantir a liberdade do cidadão e sua coexistência com a liberdade dos demais.

Realizada a digressão sobre o surgimento do Estado constitucional, a construção da noção de soberania e a relevância da lei como instrumento de igualdade, passaremos a examinar os fins e fundamentos do Estado.

1.3 Os fins e fundamentos do Estado

O Estado constitucional nasce com a missão de colocar freios ao poder, estabelecendo balizas para o exercício a partir de seu novo titular: o povo. Diversas teorias se sobressaem na busca dos fins e fundamentos do Estado. Destacaremos algumas das posições clássicas.

No jusnaturalismo, repousa a ideia do direito como principal escopo do Estado (Gierke). Não subsiste deliberação a par da esfera individual, tendo em vista que o Estado deriva do indivíduo. No jusnaturalismo escolástico, de Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, por sua vez, é desenvolvida uma ideia pessimista do homem diante da organização política, porquanto o pecado original repartiu a face do homem entre o bem e o mal, razão pela qual o Estado surge como o mal necessário. Por seu turno, o jusnaturalismo racional de Rousseau assenta sua teoria em postulados racionais. Derrogada a vontade individual, o fim do Estado, então, é deduzido da vontade geral, buscando, assim, o bem-estar social do indivíduo. Grotius, também representante do jusnaturalismo, baseia-se no conteúdo extraído da natureza humana, estável e constante. Essa essência imutável é o fator legitimador do direito positivo, que passa a ter validade absoluta. Como o direito se conforma com a natureza humana, não está limitado pelo Estado, que se resume à figura jurídica restrita no espaço. O fim do Estado é, portanto, a segurança dos direitos individuais. Pela teoria de Locke, o fim do Estado é a proteção da vida e da propriedade privada.

As teorias jusnaturalistas se perdem na insistência de direitos imutáveis e verdades eternas, quando confrontadas com a própria realidade fática. O ser humano é contingente, o que cria necessidades circunstanciais e transformações constantes.

Kelsen acentua a distinção entre direito positivo e direito natural, entendendo-se o primeiro como produto da vontade humana que repousa sobre a coação, ao passo que o segundo se trata de ordem natural anterior e superior ao homem, o que impede que se origine deste. Na concepção kelseniana, o Estado jusnaturalista é mera idealização ou abstração, totalmente desprovido de coação, levando ao anarquismo.

Em Kant, o Estado é um fato absoluto que tem por fim estabelecer e manter a ordem jurídica, que deve proteger e conciliar as vontades humanas. Nessa visão, o Estado não é delineado por contingências históricas, sendo fruto de um processo apriorístico exclusivamente racional, sem qualquer modulação pela vontade humana, portanto trata-se de ordem neutra, cuja única função é garantir a coexistência social dos indivíduos. A ordem jurídica pode ser veiculada em qualquer espécie de constituição, desde que observada a superioridade da lei, com a tripartição dos poderes, harmônicos e independentes, sobre o arbítrio humano.

Na teoria de Hegel, o Estado é uma realidade ética, fruto da elevação da consciência individual à comunitária, com destaque para a razão. Nesse sistema, o Estado é desvendado a partir do direito, da moralidade e da ética. O direito cinge-se à vontade livre, ao espírito objetivo em si, referindo-se não à liberdade subjetiva do indivíduo, e sim à exteriorização abstrata do direito na coletividade. A moralidade, por sua vez, desponta como a sujeição da mentalidade individual aos preceitos da consciência coletiva. A conciliação do direito com a moral se perfaz por meio da ética.

Ethos significa a concretização da consciência coletiva do Estado. Nesse sentido, a ética conclui o processo dialético a partir da consideração do direito e da moralidade não como formas abstratas, mas como concretização da vida moral, alicerçada em instituições estáveis nas esferas da família, sociedade e Estado.[37]

O Estado hegeliano é um fim em si mesmo. Sociedade e direito unem-se a partir da importância da comunidade, enquanto o indivíduo é extirpado, seja porque sobre ele o Estado detém direitos absolutos, seja porque a participação na organização estatal é salientada como o mais relevante dever do indivíduo.

Kant e Hegel divergem quanto ao conceito de liberdade. Enquanto para o primeiro a liberdade consistiria na limitação da liberdade do próximo, para Hegel, a liberdade não surge das preferências individuais, mas é realizável a partir da comunidade; portanto, o maior grau de desenvolvimento da comunidade reflete-se em maior grau de liberdade.

Logo, o Estado, na concepção de Hegel, reside na união do geral com o particular, na vontade de todos, conectando interesses dos grupos familiares e da sociedade aos do Estado, porque somente nele o indivíduo detém existência racional.

---

[37] BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 170.

1.4 O poder político

Passadas em revista as teorias sobre os fins e fundamentos do Estado, vale relembrar que a transposição da titularidade do poder para o povo exigiu a modelação do novo regime. Nesse caminho, a teoria da separação de poderes de Montesquieu foi desenvolvida como uma salvaguarda de liberdades, de forma a permitir que o poder funcionasse como limitante do poder, obstruindo para sempre o absolutismo. A ideia que subjaz é a de que uma gama diversa de agentes públicos se mostre suficiente para conter o avanço desmesurado de outrem, obstando a concentração de poder nas mãos de uma única figura, cujo titular seria apenas o povo.

Por conseguinte, o povo caminha *pari passu* com a organização política. Trata-se de realidade jurídica porque existente por meio do Estado.

Segundo Jorge Miranda, o povo só existe por meio do Estado, é sempre o povo do Estado, em concreto, dependente da organização específica do Estado (e a ela também subjacente). O povo, que nasce com o Estado, não subsiste senão em face da organização e do poder do Estado, de tal sorte que a eliminação de uma ou de outro acarretaria automaticamente o desaparecimento do povo como tal.[38]

Qualificar o povo como substrato humano do Estado define sua razão de ser, ou seja, o Estado tem seus contornos delimitados pelo povo, como obra da coletividade e historicamente emergente do povo.

Por seu turno, o poder político configura-se com relação a um povo "e só depois como poder diante doutros poderes de idêntica ou diferente natureza", assim como é exercido, direta ou indiretamente, por referência a esse povo, conformado pelo modo de ser, de agir e de obedecer.[39]

O Estado, então, é fruto da instituição de um poder que conecta o povo, assumindo verdadeira configuração jurídica, porque estabelece relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o Estado. Surge e existe para garantir paz, segurança e justiça entre os homens.

Nessa perspectiva, Jorge Miranda pontua que, por um lado, o poder político é, por consequência, um poder constituinte, enquanto molda o Estado segundo uma ideia, um projeto, um fim de organização. Esse poder constituinte não cessa quando a Constituição fica aprovada; ele perdura ou está latente na vigência desta, confere-lhe consistência, pode substituí-la por

---

[38] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit., p. 77.

[39] Ibidem, p. 78.

outra em face da realidade política, econômica e social sempre mutável. Por outro lado, o poder político refere-se a um conjunto de competências ou poderes funcionais de órgãos e agentes estatais delimitados pelas normas constitucionais.[40]

O poder é qualidade ou atributo do Estado.[41] Diante dessa constatação, é incindível a titularidade do poder do próprio povo ou da comunidade, haja vista que, como pessoa coletiva oriunda da comunidade, não se resume aos órgãos e agentes que lhe dão exterioridade, bem como pelo fato de esses agentes serem provenientes do grupo social e, por fim, serem resultado da força da comunidade, e não dos governantes.

Jorge Miranda distingue entre o aspecto estático e o aspecto dinâmico do poder, correspondendo o primeiro à titularidade e o segundo, ao exercício do poder, os quais, contudo, devem ser considerados em conjunto:

> a) A titularidade do poder no Estado vem a par da titularidade de poderes funcionais ou competências nos órgãos, poderes esses que correspondem ao desenvolvimento de funções do Estado e que são de exercício obrigatório (embora em termos bastante diversos conforme as funções);
> b) Também a titularidade do poder no povo em democracia implica exercício de poder, pelo menos o exercício do poder de escolher todos ou alguns dos governantes através de qualquer forma de eleição; e a atribuição deste poder de escolha ao povo ou ao colégio eleitoral é, sob alguns prismas, semelhante à atribuição de competência aos órgãos governativos.[42]

1.5 A teoria da separação de poderes de Montesquieu

A liberdade ostenta uma variada gama de concepções. Para uns, seria a facilidade de depor um poder tirânico; para outros, o direito de estar armado; ou, ainda, a faculdade de escolher a quem deve obediência; ou o privilégio de ser governado por um homem de sua nação.

Na concepção de Montesquieu,[43] as leis que formam a liberdade política são divididas em sua relação com a constituição e em sua relação com o cidadão. Liberdade, do ponto de vista filosófico, consiste no exercício da vontade, ao passo que, pelo prisma político, diz respeito ao cidadão e à Constituição.

Ao contrário do que aparentam as democracias, a liberdade não está em fazer o que se quer. Em um Estado submetido às leis, "a liberdade só pode consistir em podermos fazer o que

---

40 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit., p. 119.

41 Ibidem, p. 123.

42 Ibidem, p. 124.

43 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 227.

devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer".[44] Liberdade e independência diferem na medida em que aquela é "o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder".[45]

Montesquieu sustenta que a liberdade política somente é encontrada nos governos moderados, embora não esteja presente em todos os Estados moderados.[46]

Em cada Estado, então, haveria três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (ou poder executivo) e o poder executivo das que dependem do direito civil (poder de julgar).

O poder legislativo diz respeito à atuação do príncipe ou magistrado de fazer leis em determinado tempo, corrigi-las ou ab-rogá-las. O poder executivo tem a função de declarar a paz ou a guerra, exercer as relações internacionais, proporcionar segurança. O poder de julgar pune os crimes ou julga litígios entre particulares.

A liberdade política em um cidadão consiste na tranquilidade que cada indivíduo tem de sua segurança e, para alcançar essa liberdade, o governo não pode gerar perturbação de um cidadão sobre outro.

> Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.
> Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será o legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.
> Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.[47]

Na toada do pensamento de Montesquieu, a primeira conduta daquele que pretende se tornar despótico é reunir na mesma pessoa o exercício dos poderes do Estado ou os principais cargos de seu Estado. A multiplicidade de comando, em sua visão, é fator decisivo para o abrandamento do exercício do poder.

---

44 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis* cit., p. 228.

45 Ibidem, p. 228.

46 "Só se acha ali quando não haja abuso de poder: mas é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. A constituição pode ser tal, que ninguém seja forçado a fazer as coisas a que a lei não o obriga, e a não fazer o que a lei lhe permite" (Ibidem, p. 229).

47 Ibidem, p. 230-231.

O poder de julgar deve ser exercido por pessoas do povo em determinado período do ano, da forma prescrita na lei. Os tribunais não devem ser fixos e os julgamentos restringem-se ao texto preciso da lei; não podem guardar qualquer relação com a opinião particular do juiz. De acordo com o teórico francês, nada obsta que os dois outros poderes sejam entregues a magistrados ou a corpos permanentes porque não são exercidos sobre o particular; um é apenas a vontade geral do Estado e o outro, somente a execução dessa vontade geral.

Para Montesquieu, o poder de julgar é quase nulo, visto que se resume a julgar crimes e litígios entre particulares, restando o poder legislativo e o executivo. Ambos precisariam de um poder regulador para moderá-los, o que pode ser conduzido pela parte do corpo legislativo composta pelos nobres.

O poder legislativo deve ser confiado ao corpo dos nobres e ao corpo dos representantes do povo, com assembleias, deliberações, ideias e interesses apartados.

O corpo dos nobres é hereditário por natureza, porque preocupado em manter suas prerrogativas, sempre em perigo em um Estado livre, na concepção do teórico. Em assuntos em que houvesse interesse do soberano de corrompê-lo, esse corpo participaria da legislação pela faculdade de impedir, e não pela faculdade de estatuir. Montesquieu denomina faculdade de estatuir o direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir o que foi ordenado por outro e de faculdade de impedir, o direito de tornar nula decisão tomada por outrem.[48]

O poder executivo deve repousar nas mãos de um monarca porque é a parte do governo que precisa agir imediatamente, por isso é mais bem administrada por um único sujeito do que por muitos, ao contrário do poder legislativo, que é mais bem ordenado por muitos do que por uma única pessoa. Na visão do teórico francês, na ausência de um monarca, se o poder executivo fosse confiado ao corpo legislativo, não haveria liberdade, porque os dois poderes estariam unidos pelas mesmas pessoas, isto é, por quem integra um e outro.

Também é demonstrada a preocupação do teórico francês com as reuniões do poder legislativo. Não seria aconselhável que o corpo legislativo ficasse por tempo considerável sem se reunir porque não haveria liberdade. Por um lado, porque não haveria decisões legislativas; por outro, porque essas decisões seriam tomadas pelo poder executivo, que estariam eivadas de nulidade. Paralelamente, a reunião permanente do corpo legislativo também não se reveste de utilidade, porque ocuparia tempo significativo do poder executivo, que deixaria de executar para defender suas prerrogativas e o direito que tem de executar. Essa contínua reunião também

---

48 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis* cit., p. 235.

traria o inconveniente de somente substituir o corpo legislativo em caso de morte; no caso de um corpo corrompido, o mal seria irremediável e a confiança do povo estaria abalada.

A convocação do corpo legislativo deve ser levada a cabo pelo poder executivo, porque o primeiro só externa sua vontade quando reunido e se revela perigoso deixar a seu arbítrio sua prorrogação, uma vez que poderia atentar contra o executivo.

Montesquieu salienta que conceder ao poder executivo o direito de deter as ações do corpo legislativo é crucial para evitar que este último se torne despótico. O contrário, contudo, não se sustenta. Afirma que o poder legislativo não deve ter a faculdade de deter o poder executivo, porque a execução é limitada por natureza e se exerce sobre coisas momentâneas, sendo inútil restringi-la. Tais premissas não retiram o direito e a faculdade de o corpo legislativo fiscalizar a forma como as leis são executadas. No entanto, o corpo legislativo é despido de poder para julgar a pessoa e o comportamento de quem executa. Entretanto, há três exceções.

A primeira diz respeito ao julgamento dos nobres, que devem ser julgados pelos seus pares, e não pelos tribunais ordinários da nação. A segunda se trata da prerrogativa do corpo legislativo de abrandar os rigores da lei, o que não pode ser feito pelos juízes incumbidos apenas de ser a boca da lei. Por fim, a terceira exceção se circunscreve ao julgamento de um crime cometido por um cidadão, nos negócios públicos, quando os magistrados estabelecidos não podem ou não querem puni-lo. Nessa terceira hipótese, a parte legislativa do povo o acusaria perante a parte legislativa dos nobres.

O poder executivo participa da legislação pela faculdade de impedir, a fim de defender suas prerrogativas, no entanto o poder legislativo não pode participar da execução. A participação do monarca na legislação pela faculdade de estatuir obstaria a liberdade política. Sua participação na legislação limita-se à faculdade de impedir.

> Eis, portanto, a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma atará a outra com a sua faculdade mútua de impedir. Ambas estarão atadas pelo poder executivo, que por sua vez o estará pelo legislativo.
> Esses três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados caminhar de concerto.[49]

Ao poder executivo não é dado ingressar na discussão dos problemas ou nem sequer propô-las, porque sempre poderá rejeitar as decisões legislativas que não lhes aprouverem. É

[49] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis* cit., p. 239.

imperiosa a necessidade de obstar ao poder executivo estatuir qualquer medida sobre o ponto mais importante da legislação. Paralelamente, o corpo legislativo deve evitar estatuir algum assunto “para sempre”, sob pena de se tornar dispensável pelo poder executivo.

Os temas cujo cerne resida na ação, e não na deliberação, não devem depender do corpo legislativo, mas sim do poder executivo.

Eis, em síntese, a teoria de separação de poderes de Montesquieu, que instiga considerações para contextualizá-la.

A anotação primeira circunscreve-se ao período em que construída a teoria.

No esteio da insatisfação que levou à revolução, é fruto de profundo descontentamento com os governos despóticos da época. Enquanto o povo clamava por pão, os governos ampliavam suas riquezas à custa de ações de estrangulamento, do ponto de vista econômico e político, que atingiam diretamente a população, incrementando os índices de pobreza e carências sociais diversas.

Confrontada, a miséria reinante entre a massa não mais se deixava convencer da divindade da autoridade imperial que lhe sujeitava a sacrifícios desumanos. A ruína do modelo absolutista é consequência direta das mazelas infligidas à população.

O contrato social de Rousseau caminhou em paralelo com a separação de poderes de Montesquieu estabelecendo as bases do novo regime a ser instituído com a vitória da revolução. O poder precisava ser justificado e compreendido de forma racional, uma vez que o fundamento teleológico não mais se mostrava suficiente para amparar o governo absolutista e dominar a massa.

Por conseguinte, a construção teórica do francês se mostra voltada para instituições da época, como se infere da predileção pela monarquia e certa crítica à república, ou como também se extrai da importância dada à divisão do corpo legislativo entre representantes do povo e dos nobres, sobrelevando este sobre aquele, arguindo a necessidade de defesa de privilégios nobiliárquicos. Postas tais premissas, a teoria revela sua essência.

Outra consideração pertinente, ainda relacionada à época da construção da teoria, diz respeito à atuação dos poderes por ele enumerados.

Por ser fruto de um momento de ruptura institucional, a preocupação dos teóricos resumia-se a frear os desmandos externados pelos governos absolutistas. Nessa senda, o esforço teórico se volta quase que em sua totalidade a quebrar-lhes as correntes de sustentação. É nesse

contexto que a atuação filosófica e política aponta para uma maior reflexão de valores ou direitos de igualdade e liberdade, que viriam posteriormente a ser identificados como direitos fundamentais de primeira geração. Se a opressão pesava sobre os súditos naquele momento histórico, a defesa teórica a se exaltar concentrar-se-ia na liberdade e igualdade.

Dessarte, a obrigação de o Estado prestar serviços era uma intenção ainda embrionária; mais longínqua então seria a ideia de fornecer direitos como educação ou saúde, que posteriormente seriam denominados como direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração.

Nesse contexto, compreende-se a delimitação do poder judiciário para tão somente julgar crimes e litígios entre particulares, ou seja, o popular somente seria levado a um juiz na hipótese de cometimento de crimes ou se houvesse litígio entre iguais, nunca para exigir prestações estatais.

Interessante notar as exceções de causas levadas ao âmbito de conhecimento dos juízes. Somente um nobre pertencente ao corpo legislativo poderia julgar outro nobre. Por lhe ser atribuído apenas o poder de reproduzir a lei em seus exatos termos em que editada, aplicando-a ao caso concreto, ao juiz cabia tão somente ser a boca da lei; o abrandamento do rigor da lei competia ao corpo legislativo, nunca ao juiz. Por fim, aos nobres cumpria o julgamento de causas quando os juízes dos tribunais ordinários declinassem de fazê-lo.

Infere-se das exceções enumeradas por Montesquieu para retirar do poder judiciário competência de julgamento e atribuir ao corpo legislativo, especialmente na parte composta pelos nobres, uma tentativa de ainda defender um sistema de casta baseada em privilégios hereditários, fragilizando, de certa forma, o que se compreende nos tempos atuais como igualdade. Os nobres não se submetiam aos tribunais ordinários. O tratamento como casta privilegiada sinaliza mais uma opção de concentrar nas mãos dos nobres algum poder. Contudo, lida em seu tempo, percebe-se o fundamento da opção política, visto que o perigo da governança despótica residia no imperador, não na nobreza.

Considerando ainda que naquele tempo não havia surgido o Estado social ou o Estado providência, o regime nascente desconhecia o sentido de o Estado ser prestador de direitos sociais ou sujeito passivo de uma obrigação. A ideia era absolutamente ignorada porque estabelecida nos séculos posteriores, com a positivação na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Trata-se de argumento primordial para afastar o anacronismo de obstar o julgamento de direitos sociais pelo poder judiciário.

Os direitos sociais implicam um fazer (*facere*), noção que será mais bem desenvolvida em capítulo próprio; fazer que até então não integrava a realidade da sociedade. O príncipe não se sujeitava a qualquer relação com seus súditos, porque instituído por vontade divina acima deles, configurando-se apenas uma relação de propriedade entre príncipe e súdito. No superado período de opressão, a consternação popular e filosófica voltou-se para a contenção do querer ilimitado do príncipe. Nessa perspectiva, o julgamento de causas referentes à promoção de um fazer pelo Estado não foi atribuído ao poder judiciário porque completamente desconhecida e, por conseguinte, injustificada, à época.

A reflexão aborda ainda o abuso de poder. No tempo da revolução, o abuso externava-se mais pela ação despótica do governante do que pela sua omissão. Embora a população padecesse de mazelas e carências, ainda não circulava a ideia do Estado social. Por suposto, inexistia a noção de o Estado prestar qualquer obrigação, mas tão somente de se abster de interferir na liberdade do cidadão. Posta essa premissa, a fórmula de contenção de um poder pelo outro habita na rejeição ou no afastamento da conduta ativa tida por arbitrária, ou seja, na eliminação do desmando ativo ou da deliberação externada, e não na omissão de prestar uma obrigação para atender às necessidades coletivas.

Outra ponderação imperativa diz respeito ao modelo contencioso adotado na França no então novo regime. A opção francesa leva em conta duas "jurisdições", a saber, a judicial e a administrativa. No contencioso administrativo, o Conselho de Estado é provocado a decidir sobre questões que envolvam a Administração Pública, inclusive no tocante a suas omissões. Por óbvio, essas questões são subtraídas da análise do poder judiciário, porque solucionadas *in totum* pelo mencionado órgão. A criação dessa justiça administrativa evidencia de forma quase literal a teoria de Montesquieu sobre as atribuições do poder executivo e do poder judiciário.

Não obstante, ressalte-se uma vez mais a noção temporal. O Conselho de Estado surgiu anteriormente ao advento dos direitos sociais e se consolidou na França ainda antes desse advento.[50] Trata-se de opção política legitimamente adotada pela sociedade francesa como instrumento para garantir direitos a seus cidadãos.

Montesquieu defende a temporariedade dos tribunais ordinários, em razão da reduzida singularidade das causas que lhe são afetas e sua atuação praticamente nula, o que colabora com a imperiosa e prudente análise para o tempo em que escrita.

---

[50] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Distinto caminho trilhou o ordenamento jurídico brasileiro. Ausente qualquer ressalva, preconiza o artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República de 1988 que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Simultaneamente, a Carta positiva direitos fundamentais, *v.g.*, artigos 5.º e 6.º, organiza os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma independente e harmônica entre si, consoante o artigo 2.º, sem, contudo, vedar o exame pelo Judiciário de qualquer demanda que lhe bata às portas, observados os pressupostos que legitimem esse controle. A jurisdição brasileira é una; não há delimitação constitucional para uma jurisdição administrativa.

As ressalvas de julgamento são enumeradas de forma taxativa ao longo do Texto Constitucional, isto é, quando a Constituição atribui a um poder tarefa tipicamente exercida por outro ou veda a apreciação de determinada questão pelo Judiciário, dispõe de forma expressa, como é o caso, *v.g.*, do julgamento político do Presidente da República pelo Senado (artigo 52, I), ou de Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 52, II), perda de mandato de Deputados e Senador (artigo 55, §§ 2.º e 3.º), atribui iniciativa legislativa ao Presidente da República (artigo 61, § 1.º) e ao Supremo Tribunal Federal (artigo 93), confere competência ao Presidente da República para editar medidas provisórias (artigo 62).

Esse rol taxativo, por óbvio, não se esgota em si, visto que a essência característica de determinado poder funciona como obstáculo para a atuação de outro. A baliza de interpretação estará sempre, todavia, lastreada na Constituição. É desse limite de atuação, no tocante ao Poder Judiciário, que este trabalho se ocupa, especificamente em matéria de saúde pública.

Tome-se por exemplo a seguinte situação. Se o Poder Executivo decide construir uma escola, em vez de um hospital, trata-se de decisão política que se encontra em sua esfera de competência. Não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se nessa decisão, porque foge de sua competência constitucional. Conclusão diversa extrai-se na hipótese de ausência de cumprimento dos deveres constitucionais. Imagine determinado município com déficit de vagas para atendimento de crianças de até 5 anos por creches e pré-escolas, conforme determina o artigo 208, IV, da Constituição da República. O Ministério Público ingressa com ação civil pública exigindo uma solução para o problema. Trata-se de situação em que o direito fundamental à educação não é atendido, portanto, de uma lesão a um direito constitucionalmente previsto, que não escapa ao conhecimento do Judiciário.

No Brasil, a Constituição da República garante o acesso à jurisdição, de modo que a violação de um direito fundamental, por ação ou omissão, abre a via judicial para discussão.

Pensamento diverso afastaria a chance de apreciação da lesão ou ameaça à lesão de um direito fundamental que se encerraria em verdadeiro ostracismo.

A interlocução entre atividades típicas e atípicas dos três poderes, conforme delimitado pela Constituição de 1988, não destoa na essência da teoria de Montesquieu. Não há óbice para que um poder exerça atividade que, *a priori*, foi atribuída a outro, desde que respeitada a competência específica de cada um, isto é, ao Poder Legislativo, editar leis e fiscalizar sua fiel execução; ao Poder Executivo, executar as deliberações legislativas; ao Poder Judiciário, julgar. Neste ponto, cabe um adendo para firmar a tese de que deve o Judiciário julgar as questões que o ordenamento jurídico vigente no respectivo tempo lhe confiar.

Montesquieu atribuiu ao corpo legislativo a função de julgamento, assim como conferiu ao poder executivo a faculdade de impedir, ou seja, de rejeitar uma deliberação advinda da vontade geral manifestada pelos representantes do povo. Também discorre sobre a possibilidade de convocação do corpo legislativo pelo poder executivo e da inconveniência de o legislativo editar leis "para sempre" para não se tornar inútil, colaborando para o agigantamento do poder executivo.

O ponto crucial da teoria reside na contenção do poder com o fito de evitar o abuso. Trata-se de modelo constituído com a finalidade de obstar a concentração de poderes nas mãos de uma só autoridade pública para garantir a liberdade dos cidadãos. O direito e a justiça estabelecem-se em um ambiente onde são impostos limites às autoridades estatais.

Conclusão indispensável da teoria em exame é que a imoralidade não está no poder, mas no poder despótico, que seria corrupto por natureza e, por conseguinte, eivado de vício insanável. Esse poder corrupto instala-se quando há um único titular que é levado a abusar dele. Por essa razão, a relevância da noção de Montesquieu de que só o poder detém o poder. Nesse sentido, o teórico defende a diluição do poder nas mãos de uma multiplicidade de pessoas.

A preocupação é visível mesmo no interior do corpo legislativo, bipartida entre os nobres e representantes do povo, em que dá prevalência ao primeiro. O francês demonstra o cuidado de pontuar o julgamento dos representantes populares pelos integrantes da nobreza, ou seja, que parcela diversa julgue a outra parcela.

Aparente ainda a ideia subjacente de que um poder sempre seja exercido de forma a não ser aniquilado por outro, ou seja, que um poder se abstenha de omitir o exercício da atividade que lhe foi outorgada, sob pena de, não o fazendo, ceder esse exercício a outro poder, no caso concreto e nos limites da Constituição da República.

Como salienta Paulo Bonavides, "princípio da separação de poderes foi concebido como uma técnica de resistência ao poder absoluto".[51]

1.6 A contemporânea teoria da separação de poderes

A distribuição do poder entre esferas diversas fundamenta-se na igualdade entre cada uma e no princípio de colaboração, visto que a atuação harmônica e sintonizada cria uma estrutura de contrapeso essencial e, por conseguinte, garante a liberdade humana.

A contemporânea teoria constitucional dimensiona a separação de poderes em duas vertentes distintas, quais sejam negativa e positiva. A dimensão negativa compreende a separação como controle e limite de poder, ao passo que a dimensão positiva diz respeito à separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder para conferir eficácia a normas constitucionais.[52]

Gomes Canotilho preconiza a relevância jurídico-constitucional da separação de poderes a partir de sua aclamação como um princípio jurídico-organizatório, um princípio normativo autônomo e um princípio fundamentador de incompatibilidade. Como princípio jurídico-organizatório, esclarece que, em um estado constitucional, não retém maior importância identificar quais são os atos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas sim verificar se podem realizar o que foi feito e a legitimidade para tanto. Como princípio normativo autônomo, assegura que a justeza de uma decisão pode justificar uma "compartimentação de funções" alheia a uma rígida distinção orgânica. Por fim, como princípio fundamentador de incompatibilidades, obsta a conexão pessoal de funções executivas e parlamentares.[53]

---

[51] BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado* cit., p. 343.

[52] "A constitucionalística mais recente salienta que o *princípio da separação de poderes* transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como divisão, controlo, e limite do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de *divisão de poderes*; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de *separação de poderes*. O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder" (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 250).

[53] Ibidem, p. 250-253.

Essa divisão especializada de funções sobreleva a necessidade de controle, fiscalização e coordenação entre os variados órgãos estatais.

De acordo com Schmidt-Assmann,[54] o princípio de limitação de poderes – como denomina – transporta um modelo organizativo, pelo qual se pretende determinar a capacidade específica de desempenho do titular de cada função, sua capacidade de assimilar e elaborar a informação, suas possibilidades de decidir de forma escalonada e sua habilidade de reagir de forma equilibrada. Para o jurista, a finalidade fundamental da separação de poderes é gerar racionalidade mediante estruturas diferenciadas.[55]

Discorrendo sobre as estruturas organizacionais do direito constitucional contemporâneo, Gomes Canotilho[56] salienta os conceitos operatórios básicos como poder, competência, função, tarefa, responsabilidade e controle. A estrutura é entabulada a partir da substituição da expressão poderes do Estado por órgãos de soberania, "porque os poderes são sistemas ou complexos de órgãos aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções". A competência engloba "o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas, de que são constitucional ou legalmente incumbidos". Por função se entende como "a relação de referência entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma".

A responsabilidade constitucional inclui a responsabilidade penal dos agentes constitucionais e a responsabilidade política, esta última compreendida como o desvalor jurídico e político-constitucional dos atos emanados pelos agentes políticos. O autor português assevera que o princípio da imputação de responsabilidade está intrinsecamente ligado ao princípio estruturante da separação de poderes, visto que é imprescindível identificar de quem emanou o ato questionado a fim de apontar a respectiva responsabilidade, observando-se o dever de prestar contas e o dever e unidade.[57]

Empreender uma função exige a observância de um procedimento jurídico regulado no intuito de converter a competência e os atos. Por sua vez, a tarefa corresponde a uma missão constitucional previamente positivada.

---

54 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema* cit., p. 190.

55 Ibidem, p. 193.

56 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 542-545.

57 Ibidem, p. 542-545.

Por fim, Canotilho aduz que o controle é um correlato de responsabilidade, tanto na hipótese do controle primário ou subjetivo, relativo aos sujeitos orgânicos, como no controle secundário ou objetivo, atinente aos atos dos órgãos.[58]

As funções são ordenadas segundo três modelos de estruturação, quais sejam: modelo de balanceamento (*check and balances*), modelo do núcleo essencial e modelo da justeza funcional. No modelo de balanceamento, as diferentes funções agem como freios e contrapesos recíprocos. No modelo do núcleo essencial, é referenciada uma tarefa típica de cada órgão de soberania, de modo que somente haverá violação do princípio de separação quando um órgão se arvorar sobre a tarefa típica de outro. A expressão "núcleo essencial" que nomeia o modelo não se confunde com a teoria do núcleo essencial que será desenvolvida no capítulo atinente aos direitos fundamentais. O modelo de justeza funcional vindica a atribuição de certa função ao órgão que possa desempenhá-la da forma mais adequada. Esse modelo também se incorpora em um princípio de interpretação constitucional, como será visto adiante.

A par dessas premissas, infere-se que o princípio da separação de poderes assume uma relevância organizatória e estrutural do Estado constitucional.

Segundo Gomes Canotilho, "todos os órgãos constitucionais de soberania são poderes constitucionais igualmente ordenados pela Constituição". Disso decorre a conclusão de que figuram posições equiordenadas, ou seja, "relações de paridade e não relações de infraordenação ou de subordinação".[59]

Transportando as dicções alhures para o específico campo do controle, deduz-se que o controle judicial dos atos administrativos pressupõe uma estrutura dinâmica de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o Judiciário, levando em conta a programação normativa do ato a ser praticado e a específica idoneidade de cada um dos poderes, em razão da estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação e preparação técnica.[60] Esse controle, por consequência, deve observar o espaço de conformação reservado à Administração Pública e ao legislador. Trata-se do reconhecimento da imprescindibilidade de uma análise das capacidades institucionais[61] de cada função. Ao tratar do princípio da

---

58 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 542-545.

59 Ibidem, p. 565.

60 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 40.

61 Ibidem, p. 241.

deferência neste capítulo e dos direitos fundamentais e direito à saúde nos seguintes, serão expostos critérios para tanto.

No campo dos direitos sociais, esse controle se aprofunda no sentido de identificar os limites do exercício de cada competência, isto é, se certo poder pode executar determinada tarefa e em que medida, especialmente no que diz respeito à definição do gasto público para a concretização de direitos fundamentais.

1.7 As funções estatais

A despeito de mencionarmos que a discussão sobre o tema controle judicial circunscreve-se ao exercício da competência atribuída a cada poder e seus limites, o conhecimento das funções estatais – típicas ou atípicas – ainda ocupa lugar de destaque na teoria administrativa e no desenvolvimento desta pesquisa. Reconhecer a posição assumida pelos direitos fundamentais, a proporcionalidade ou a constitucionalização do direito administrativo não implica abandono de suas raízes. Ao contrário, somente é possível compreender o objeto e abrangência desta pesquisa com fundamento na clássica teoria de funções estatais, regime jurídico administrativo, ações e omissões estatais.

Seguimos neste caminho.

A titularidade do poder no Estado implica a repartição em poderes funcionais ou competências pelos distintos órgãos. Celso Antônio Bandeira de Mello[62] prefere a expressão dever-poder exatamente para refletir a exata noção de que os poderes são instrumentos para o cumprimento dos deveres constitucionais impostos ao Legislativo, Executivo e Judiciário.

Partindo do entendimento de que o poder somente subsiste nos limites da Constituição e para satisfazer o bem comum, utilizaremos indistintamente as expressões “poder” e “dever-poder”.

Feita a anotação, outra se faz imperativa. A expressão função do Estado pode significar, por um lado, fim ou tarefa para atender às necessidades coletivas, perfazendo uma conexão entre a sociedade e o Estado, na busca de satisfazer, proteger e promover direitos fundamentais por meio de políticas públicas, legitimando, assim, o poder, e, por outro, padrão de comportamento, a significar a atividade desenvolvida rotineiramente por meio das estruturas

---

[62] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit.

orgânicas para alcançar os fins previstos na Constituição e na lei para cumprimento dos deveres impostos.

A par da distinção, Jorge Miranda[63] assim conceitua função no sentido de atividade:

> A função no sentido de atividade pode definir-se como um complexo ordenado de atos (interdependentes ou aparentemente independentes uns em relação aos outros), destinados à prossecução de um fim ou de vários fins conexos, por forma própria. Consiste na atividade que o Estado desenvolve, mediante os seus órgãos e agentes, com vista à realização das tarefas e incumbências que, constitucional ou legalmente, lhe cabem.

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta para o consenso majoritário sobre a organização de três funções, quais sejam legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional, tripartição essa advinda de uma construção política, e não da essência do objeto. Para a caracterização das funções, indica os critérios orgânico ou subjetivo (quem a produz) e objetivo (atividade exercida), que se subdivide em material ou substancial (elementos intrínsecos à função) e formal (atributos extraídos do tratamento normativo correspondente), revelando sua preferência por este último.[64]

Ricardo Marcondes Martins,[65] também partindo da clássica tripartição entre função legislativa, administrativa e jurisdicional, destaca o processo de ponderação como critério distintivo. A primeira ação ponderativa ocorre com o constituinte. À função legislativa caberia apurar os princípios constitucionais a serem concretizados, ponderar entre esses princípios e o peso de cada um, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, e instituir os meios para concretizar os fins previstos nos princípios e no resultado da ponderação. A característica essencial seria a abstração do plano em que acontece esse exercício. Por sua vez, a função administrativa, do ponto de vista formal, teria a incumbência de editar atos administrativos, que podem ser conduzidos por qualquer tipo de veículo introdutor de normas administrativas, ao passo que, sob o aspecto substancial, consistiria no cumprimento das medidas resultantes da ponderação já exercida pelo Legislativo. Salienta que ao Executivo é vedado efetuar

---

63 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit., p. 357.

64 "Assim, função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição. Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada', atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função administrativa é a função do Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 35).

65 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ponderações no plano abstrato por meio de regulamentos, visto que lhe cabe efetivar ponderações no caso concreto, consoante a separação dos poderes. Por fim, da perspectiva formal, a função jurisdicional edita veículos introdutores de normas jurídicas específicas, quais sejam sentença, acórdão, despacho e decisão interlocutória. Sob a ótica material, apura as ponderações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo, resolvendo, em definitivo, sobre os meios necessários para a realização dos fins, quando provocado. Dessarte, a atuação do Judiciário estaria restrita a apreciar as ponderações executadas pelos outros poderes quando manifestamente errônea ou injusta, considerando-se o peso do princípio afastado acrescido do princípio formal que dá primazia às ponderações do legislador.

Em razão do didatismo, tomamos por empréstimo o quadro classificatório das funções do Estado elaborado por Jorge Miranda, fazendo a ressalva de que o jurista português relaciona a função legislativa inserida na função política, que engloba também a função governativa ou política *stricto sensu.*

A opção não interfere no desenrolar deste trabalho, visto que, embora a doutrina divirja sobre a classificação das diversas formas de exteriorização dos atos estatais, na essência, com algumas variações, permanecem presentes os preceitos referentes às funções legislativa, administrativa e jurisdicional. Ademais, considerando o objeto deste estudo consistente na análise da atuação jurisdicional em face de medicamentos e tratamentos não previstos em políticas públicas de saúde, o cerne da questão circunscreve-se aos limites da atividade jurisdicional quando instado a se manifestar sobre eventual atuação deficiente ou omissão dos demais poderes.

Eis o quadro classificatório das funções do Estado:

Quadro 1 – Quadro classificatório das funções do Estado

FUNÇÕES	**CRITÉRIOS MATERIAIS**	**CRITÉRIOS FORMAIS**	**CRITÉRIOS ORGÂNICOS**
Função política (legislativa e governativa ou política *stricto sensu*)	Definição primária e global do interesse público; interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir; direção do Estado	Liberdade ou discricionariedade máxima, o que não significa não subordinação a regras jurídicas (às da Constituição, antes de mais), liberdade de escolha, senão quanto ao conteúdo, pelo menos quanto ao tempo e às circunstâncias, ou não havendo esta (*v.g.*), promulgação obrigatória), ausência de sanções jurídicas específicas	– Órgãos (políticos ou governativos) e colégios em conexão direta com a forma e o sistema de governo – Havendo pluralidade de órgãos, ausência de hierarquia e apenas relações de responsabilidade política

Função administrativa	Satisfação constante e quotidiana das necessidades coletivas; prestação de bens e serviços	– Iniciativa (indo ao encontro das necessidades) – Parcialidade (na prossecução do interesse público, o que não impede imparcialidade no tratamento dos particulares)	– Dependência funcional, com sujeição, no interior de cada sistema ou aparelho de órgãos e serviços, a ordem e instruções (hierarquia descendente) e a recurso hierárquico (hierarquia ascendente) – Coordenação e subordinação, com mais ou menos centralização e concentração ou descentralização e desconcentração)
Função jurisdicional	Declaração do direito; decisão de questões jurídicas, seja em concreto perante situações da vida, seja em abstrato	– Passividade (implicando necessidade de pedido de outra entidade, definição do objeto do processo através do pedido e necessidade de decisão) – Imparcialidade (posição superpartes)	– Em princípio, atribuição a órgãos específicos, os tribunais, formados por juízes

Fonte: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit., p. 363.

A edição de normas é inerente às três funções estatais, o que, por si só, não seria suficiente para distingui-las. Compreende-se por norma a prescrição de condutas ou definição de estruturas do sistema que lhe é subjacente. A distinção está na ponderação efetuada para tanto. Apresentaremos a seguir as notas características de cada uma, observando a ordem em que deve acontecer o respectivo exame de proporcionalidade, com breves considerações. No entanto, trataremos da regra da proporcionalidade em capítulo apartado para melhor desenvolvimento do tema.

A atividade legislativa é marcada pela ampla liberdade de atuação com a clara determinação de inovação no ordenamento jurídico, especialmente quanto ao tempo e às circunstâncias. O Poder Legislativo é o representante por excelência dos anseios dos cidadãos. A ele cabe estabelecer os meios e os fins a serem buscados pela sociedade para concretização dos princípios constitucionais, porque revela de modo congruente a vontade geral do povo de uma nação, isto é, o acordo político entre as diversas forças sociais em constante contraposição. Fixa normas cujos destinatários são indefinidos ou indetermináveis em um plano abstrato, que, pela generalidade, poderão ser aplicadas indistintas vezes.

A função administrativa delimita-se pela atuação em concreto em uma terceira fase de exame proporcional, isto é, após as conclusões construídas pelo constituinte e legislador. Portanto, cumpre-lhe materializar as determinações legislativas, tornando-as reais no mundo empírico. Essa atuação em concreto ocorre por iniciativa própria, de modo que não é necessária

qualquer provocação externa para fazer valer o resultado da atividade legislativa. Seus órgãos atuam em uma estrutura organizada a partir da hierarquia em cada centro de atribuição.

A função jurisdicional estabelece-se como o último momento de proporcionalidade do Estado, porque atua para avaliar os exames anteriormente levados a cabo pelas funções legislativa e administrativa. Pode agir tanto na criação (ou declaração) do direito em situações concretas quanto em situações abstratas, em uma estrutura organizada funcionalmente e, portanto, não hierárquica, desde que acionado por qualquer interessado, mantendo-se como ponto de equilíbrio entre as partes, ou seja, deve-se conservar equidistante das partes, agindo mediante provocação.

Em sua atuação, o Judiciário não pode se afastar dos princípios formais decorrentes da separação de poderes, visto que, como dito alhures, a primazia deve ser conferida ao Poder Legislativo e, em seguida, ao Executivo. Não obstante, é vedado ao Poder Judiciário negar a jurisdição, nos termos do disposto no artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República. A leitura do dispositivo demonstra que o constituinte originário criou verdadeiro obstáculo ao legislador, impedindo-lhe de estabelecer qualquer forma de interferência que obste a análise de lesão ou ameaça de lesão a direito no âmbito jurisdicional.

A atividade jurisdicional é marcada historicamente pela busca do justo, mediante dogmas, axiomas e postulados próprios ao longo dos caminhos da Humanidade. Funciona e assim deve sempre operar como ponto de equilíbrio entre os poderes e também da sociedade, para que sejam mantidas a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

Nessa perspectiva, Mauro Cappelletti[66] ressalta características que norteiam a atividade criativa do juiz que o afasta da indesejada atuação legislativa: a) imparcialidade; b) obediência ao contraditório; c) vedação para atuar de ofício. Na proteção de direitos sociais e difusos, o trabalho do juiz detém certa discricionariedade delineada pelo grau (e não pelo conteúdo) conferido a essa atividade que, diante do caráter promocional desses direitos, reclama uma ativa e progressiva intervenção do Estado com o intuito de "financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para enfim promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas".[67]

---

[66] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

[67] Ibidem, p. 41.

Embora o Legislativo detenha ampla margem de discricionaridade, inclusive quanto ao conteúdo e ao tempo, não está livre das amarras constitucionais, sob pena de sufragar a soberania popular cuja parcela foi a ele delegada, isto é, o constituinte estabeleceu e positivou os valores a serem perseguidos por determinada comunidade. Há uma ordem de agir do constituinte para o legislador, e a omissão nesse mister é contrária à vontade geral ou à decisão política daquela sociedade. Por essa razão, o Legislativo não pode se furtar a realizar a Constituição, porque atuar desse modo viola as bases do Estado constitucional e, por conseguinte, o pacto social.

A mesma visibilidade operada na atuação excessiva do Estado, isto é, na arbitrariedade ativa, não ocorre quando essa arbitrariedade é fruto de uma omissão. A razão talvez esteja na novidade (temporal) dos direitos sociais, como já pontuamos em outro tópico ao tratarmos da transição do Estado absolutista para o Estado constitucional. Nessa seara, a arbitrariedade oriunda da omissão ainda é tratada com ressalvas e a atuação do Judiciário para coibi-la quase sempre esbarra no argumento da separação de poderes.

No entanto, além de ser respaldado pela Constituição, é prudente lembrar que, ao editar atos normativos, o Legislativo delineia os contornos da função jurisdicional, criando instrumentos de tutela de direitos e garantias individuais, como se observa, *v.g.*, na ação civil pública, vedado apenas afastar a apreciação de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Dessarte, o legislador detém o dever de evitar a proteção deficiente de um direito fundamental positivado na Constituição. Caso contrário, amplia-se a margem discricionária de atuação do Judiciário que atuará sob as balizas da proporcionalidade e da Constituição.

Repise-se que o postulado da proporcionalidade será mais bem desenvolvido em outra oportunidade como opção de maior fluidez do trabalho. Neste capítulo, foram pinceladas notas distintivas suficientes para a compreensão das funções estatais.

Percebe-se, pois, que as três funções estatais buscam a concretização dos princípios constitucionais, as quais integram o Estado. Portanto, quando a Constituição determina que o Estado deve agir para efetivar seus preceitos, a ordem é dirigida às três funções que o compõem, ou seja, ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, nos limites por ela estabelecidos.

Analisaremos na sequência o regime jurídico administrativo.

1.8 O regime jurídico administrativo

Passaremos à investigação dos contornos do regime jurídico administrativo, haja vista que os protocolos de saúde estão inseridos no âmbito da atividade administrativa.

No presente trabalho, adotamos a teoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello[68] acerca do regime jurídico pelas razões a seguir expostas.

A organização dos diversos institutos e instituições em sistemas singulares colabora para a construção do conhecimento. O sistema dá coerência e coesão à análise científica, seja para concordar com o posicionamento adotado, seja para discordar. A reunião de normas basilares em um sistema permite maior aprofundamento do estudo nos planos de existência, validade e eficácia.

A construção de um sistema coeso, contudo, não afasta a interlocução com sistema diverso, porque compreendido em um sistema macro que é o direito. Não se pode perder de vista ainda que o direito emerge da sociedade, a qual é plural e contingente. Essa pluralidade e contingência não são impeditivos à coexistência harmônica. A digressão ora levada a cabo intenta demonstrar que um sistema pode se organizar por meio de balizas próprias e, ao mesmo tempo, refletir nos demais sem que isso implique contradição insuperável.

O sistema se perfaz a partir da composição de elementos peculiares a fim de promover a apreensão da realidade fática e análise lógica do pensamento humano e, por conseguinte, a ampliação do conhecimento científico.

Quando esse sistema se relaciona ao direito administrativo, tem-se o regime jurídico-administrativo voltado para a configuração normativa de interesses próprios da sociedade, e não aos particulares de per si considerados.

O regime jurídico-administrativo é edificado sobre dois princípios fundamentais, quais sejam a supremacia do interesse público e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Antes de prosseguir a análise, uma anotação deve ser salientada. O uso da palavra princípio neste tópico para a indicação das bases do regime jurídico observa as lições clássicas do professor Celso Antônio Bandeira de Mello[69] para ser fiel à construção dogmática do

---

[68] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit.

[69] "Cumpre, pois, inicialmente, indicar em que sentido estamos a tomar o termo *princípio*, tal como vimos fazendo desde 1971, quando pela primeira vez enunciamos a acepção que lhe estávamos a atribuir. À época dissemos:

instituto. Não se confunde com o sentido de princípios como espécie normativa atribuída por Robert Alexy[70] e Ronald Dworkin,[71] que se distinguem das regras por fundamento lógico ou qualitativo, e não de grau ou quantitativo.

O tema será mais bem desenvolvido em capítulo próprio.

Retomando a noção de que o regime jurídico administrativo é estabelecido sob os contornos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, pela Administração, desse interesse público, passaremos ao exame do que venha a ser o conceito.

Na construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello, faz-se uma distinção entre o que seria o interesse apenas individual do cidadão e o interesse como integrante de um corpo social.

> O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este que é o da pessoa ou do grupo de pessoas *singularmente consideradas* – e que, de par com isso, existe também o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras.
> Pois bem, é este último interesse o que nomeamos *interesse do todo* ou *interesse público. Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse de duas partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelevantemente aos interesses individuais*, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma *faceta* dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – *comparecem em tal qualidade* (grifos do original).[72]

Importante notar que as ponderações levam em consideração esferas diversas do indivíduo. Sob a vertente particular, o que é externo à própria esfera jurídica do ser em si não importa para o conceito. Trabalha-se na mera subjetividade sem qualquer reflexo no exterior ou na coletividade. A vontade particular se volta apenas para a satisfação do estado de espírito

---

'Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico'. Eis por que: 'violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 54).

70 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

71 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

72 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 61.

próprio, calcado somente em juízos morais de convicção, sem se atentar para uma roupagem jurídica dessa manifestação. O indivíduo é visto e considerado *per se*.

Não obstante, em oposta vertente, o indivíduo é tomado como uma parte de um todo, e seus anseios e convicções se relacionam ao grupo social ao qual está integrado. A vontade individual é substituída pela vontade externada como peça fundamental de uma máquina coletiva. Suas ações se voltam para a construção de uma esfera coletiva, uma vez que é um ser gregário e partícipe dessa coletividade.

Diante de tais ponderações, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: "Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*" (grifos do original).[73]

É conhecida a separação entre interesse público primário e interesse público secundário. Em apertada síntese, aquele está relacionado aos serviços e necessidades essenciais da coletividade, ao passo que este último seria concernente à incursão do Estado em atividades econômicas.

No entanto, a classificação não nos convence por um fundamento singelo. Se o interesse secundário somente se justificaria quando amparado no interesse público, observa-se que, na verdade, subsiste apenas um único interesse, ou seja, o de atendimento das necessidades coletivas que pode se operacionalizar por vias diversificadas.

Compulsando o Título VII – Da ordem econômica e financeira –, especificamente no Capítulo I – Dos princípios gerais da atividade econômica – da Constituição da República, infere-se que o arcabouço normativo está construído sobre a vinculação ao interesse coletivo. A exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente é autorizada para atender imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.[74] Caberá à lei estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias que exerçam essa atividade, com especial atenção à sua função social e formas de fiscalização pelo

---

[73] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 62.

[74] "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

Estado e sociedade,[75] bem como regulamentar as relações da empresa pública com o Estado e sociedade.[76]

Dessarte, o exercício de atividade econômica pelo Estado, mediante balizamento constitucional, somente é permitido quando importante e útil à sociedade a que se refere; fora desse âmbito, não há consonância com a Constituição e, portanto, seria inválida.

Analisando-se por uma perspectiva global da sociedade, esse interesse coletivo pode ocorrer direta ou indiretamente. Diz-se diretamente quando permite a produção de bens e a prestação de serviço à necessidade social em determinado momento histórico e, indiretamente, no sentido de que a atividade, embora à primeira vista aparente características apenas privadas, como a hipótese de bancos e instituições financeiras, pode ser geradora de empregos, renda e arrecadação tributária, assim como instrumentalizar políticas públicas de distribuição de renda, como pode se observar, a título ilustrativo, o papel das instituições financeiras federais na distribuição de auxílio-emergencial na pandemia de Covid-19, nos termos da Lei 13.982, de 2 de abril de 2020. Logo, a atividade bancária, que a princípio se classifica como tipicamente privada, funcionou como veículo de redução de desigualdades ao operacionalizar a distribuição de benefício monetário a pessoas diretamente atingidas pelas mazelas econômicas da emergência sanitária mundial.

Por óbvio, o simples fato de gerar renda, empregos e arrecadação tributária não teria o condão de, por si só, caracterizar determinada atividade econômica como de interesse coletivo para justificar a atuação estatal, caso contrário, ao Estado seria permitido exercer qualquer atividade. Mister que sejam levados em conta outros aspectos, tais como temporal, territorial, culturais, entre outros, principalmente reconhecendo-se a dimensão do Estado brasileiro e sua pluralidade, a qual é protegida pela Constituição.

Conclui-se que, se o interesse secundário é permitido apenas quando observado o interesse primário, portanto, ao fim e ao cabo, somente existe um interesse público, ou seja, aquele justificado para atender às necessidades coletivas e ao bem-estar social.

Isso posto, a indagação que persiste residiria, então, naquilo que pode ser qualificado como interesse da coletividade. De pronto, esclarecemos que nos filiamos ao entendimento do

---

[75] "§ 1.º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade."

[76] "§ 3.º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade."

Professor Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que o interesse público é aquele positivado no ordenamento de determinado Estado.[77]

A razão para esse apoiamento é simples. A criação de um Estado sobre as bases constitucionais surgidas a partir daí é uma deliberação política livre e racional dos indivíduos congregados sob a nova roupagem. Partindo do topo da pirâmide, conforme o artigo 1.º da Constituição, a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, em que todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido.[78]

Nessa perspectiva, a vontade coletiva deliberadamente optou por estabelecer as bases normativas sobre as quais o novo Estado é criado e se desenvolverá. Cidadãos livres, por si ou seus representantes, detentores do poder político, portanto soberanos, decidiram positivar os interesses que julgaram mais relevantes para serem tutelados por todos. Vale salientar que a promulgação de uma Constituição é precedida por debates das variadas forças sociais que integram determinado grupo político. A alocação deste ou daquele interesse como valor ou interesse a ser inserido em uma Constituição é edificado mediante acordos e concessões multilaterais, equilibrando a gama de correntes ideológicas, filosóficas, políticas, culturais que formam o povo.

Por ser fruto de uma decisão política ponderada e livremente pactuada pela sociedade, deve ser respeitada pelos operadores do direito.

Aceitar essa premissa conduz à outra conclusão expressiva. É irrelevante a distinção dos fins do Estado entre bem-estar social ou manutenção da ordem jurídica, porque são noções interdependentes. Se a ordem jurídica é criada com a qualificação normativa dos interesses essenciais de um grupo, que decide positivá-los na Constituição, disso decorrem duas consequências: a) o bem-estar social estará contido nos valores e interesses positivados; b) ao manter a ordem jurídica e cumprir com seus preceitos, isto é, as normas positivadas, indubitavelmente o bem-estar social será perseguido e provavelmente alcançado.

Por conseguinte, se o fim do Estado é a vontade geral para a garantia do bem-estar social, conforme Rousseau; ou se o Estado é absoluto com o intuito de manter a ordem jurídica, na visão de Kant; ou um fim em si mesmo para unir interesses de grupos familiares e da sociedade

---

77 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 68.

78 "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

aos do Estado, em que o indivíduo ostenta existência racional, na teoria de Hegel, a partir do momento em que se externa uma decisão política livre e racional de constituir um Estado estabelecido com fulcro na soberania popular, a positivação dos valores e interesses escolhidos pelo povo, por si ou seus representantes, configura a moldura normativa que define o que seja bem-estar social e, por consequência, implica reconhecer que a manutenção da ordem jurídica resultará no seu alcance.

Jaime Rodríguez-Arana assevera que a principal tarefa do Estado e, por conseguinte, do direito administrativo é garantir o interesse geral, que passa irremediavelmente pela consolidação dos direitos fundamentais, individuais e sociais. Em seu entender, o interesse geral no Estado Social e Democrático de Direito está intrinsecamente vinculado à promoção e facilitação dos direitos inerentes à condição humana, de modo que o conceito de interesse geral ostenta um núcleo essencial calcado na dignidade do ser humano. Defende, portanto, que o desafio está em incutir nas instituições e categorias de direito administrativo o entendimento de que o interesse geral exige a atuação do poder público para a liberdade solidária dos cidadãos, assumindo a centralidade da dignidade humana e, gradualmente, rechaçando o fundamento de posição superior da Administração Pública, prerrogativas e privilégios. Pretende-se, pois, assumir o poder público como uma função pública de serviço à comunidade, em que há limites a serem obedecidos, eliminando arbitrariedade, excesso e abusos.[79]

O avanço dessa ideia guia o trabalho para o próximo ponto de discussão relativa à supremacia do interesse público. Na construção da doutrina administrativista, o conceito se ergueu seguindo a noção de que se trataria de uma supremacia do interesse público sobre o interesse particular.[80] Significaria o constante embate entre prerrogativas da Administração e direitos dos administrados, prevalecendo sempre o interesse público nessa concepção tradicional de conflito entre público e privado.

No entanto, essa conclusão não se sustenta, com o máximo respeito da divergência científica.[81]

A permanência dessa noção conflituosa entre público e privado não se coaduna com a perspectiva apontada anteriormente sobre o conceito de interesse público. Aliás, pelo prisma

---

[79] RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Sevilla: Instituto Nacional de Administração Pública, 2015.

[80] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit.

[81] BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização cit.

desse confronto, podem ocorrer soluções injustas e sem respaldo na Constituição da República. Primeiro, em razão da subjetividade do que se entenderia como conteúdo do interesse público, visto por espectro diverso do veiculado neste trabalho. Segundo, porque a desconsideração da esfera particular, na leitura absoluta da prevalência do público sobre o particular, resultaria em um quase aniquilamento do privado. Nesta última hipótese, o Estado se agigantaria de tal modo que rechaçaria quase completamente qualquer respeito ao âmbito particular, desequilibrando sobremaneira a relação Estado-indivíduo.

Como pontuado alhures, o interesse público reside na qualificação normativa de valores e interesses positivados mediante uma deliberação política livre e racional dos indivíduos como partícipes de determinado grupo social.

A opção constitucional remonta a um consenso entre as forças sociais em constante tribulação. O Estado Democrático respeita o consenso majoritário sem perder de vista a proteção das minorias. Esse entendimento é indeclinável para a harmonia do Estado. Caso contrário, não haveria justificativa razoável para que um indivíduo fosse mantido sob as raias de um Estado que não lhe oferece proteção. Não haveria a conveniência de sua manutenção.

A supremacia do interesse público ampara-se, pois, na soberania popular e no Estado Social Democrático de Direito. A afirmação vai ao encontro do avanço da sistemática dos direitos fundamentais na ciência contemporânea. O poder político toma assento nas deliberações populares soberanas. Por conseguinte, a leitura mais consentânea com essa soberania popular e com o Estado Democrático de Direito é que os direitos e interesses privados também estão abarcados no conceito de interesse público. Portanto, diante dessa constatação, afasta-se a noção de que sempre preponderará o lado em que posicionado o Estado, como tradicionalmente se tem sustentado. A prevalência de um direito ou interesse será resultado do exame de proporcionalidade, que será mais bem dissecada em outro momento.

Nessa perspectiva, como fundamento do regime jurídico administrativo, a supremacia do interesse público implica a busca constante de melhor atendimento dos valores positivados na Constituição, os quais serão objeto de prudente análise ponderativa para, no caso concreto, descobrir qual será o prevalecente naquele embate específico.

Delineado o conteúdo da supremacia do interesse público, outro fundamento que sedimenta o regime administrativo é a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

A indisponibilidade tradicionalmente foi lida como a impossibilidade de transacionar o interesse público, haja vista que a Administração é mera curadora de bem alheio. Essa curadoria é orientada pela finalidade que a lei atribui. Não obstante, a equivocada compreensão desse princípio pode gerar situações incômodas do ponto de vista científico e até mesmo econômico.

Exemplo bastante didático é o custo das execuções fiscais no Brasil, conforme estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA),[82] o qual concluiu que um número significativo de ações de execuções fiscais em trâmite na justiça federal possuía custo maior de cobrança do que o próprio crédito perseguido. O argumento da indisponibilidade do interesse público sempre funcionou como óbice para soluções diversas ao prosseguimento do feito, por exemplo, o protesto das certidões de dívida ativa. Matematicamente, não se justifica envidar esforços no âmbito judicial para garantir um crédito inferior a seu custo de cobrança; o déficit financeiro é evidente. Não se identifica nessa hipótese qualquer preservação arrecadatória do interesse do Estado. Ao contrário, caminha-se para dispêndio desnecessário e irracional de dinheiro público.

A indisponibilidade se conecta à essência do interesse público. Aliás, ao abraçar a tese alhures exposta quanto ao conceito da supremacia do interesse público, como resultado do exame de proporcionalidade entre os direitos e interesses envolvidos, maior motivo se tem para firmar novos contornos à indisponibilidade.

Aliados, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade implicam a constante análise proporcional dos direitos e interesses envolvidos na relação objeto do juízo de valor, seguindo as diretrizes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal análise não poderá ser derrogada pela Administração, ou seja, as posições *prima facie* de determinados direitos e interesses precisam passar pelo crivo do exame proporcional para que se defina qual prevalecerá diante do caso concreto, e o Estado não pode se esquivar de proceder conforme preconizado pela regra da proporcionalidade.

Conclui-se, assim, que a indisponibilidade se refere ao exame proporcional do caso concreto em que se instale a colisão.

Vários princípios – ou postulados – são enumerados como decorrentes da indisponibilidade, tais como legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade,

---

[82] IPEA. Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862. Acesso em: 16 dez. 2020.

motivação, responsabilidade do Estado, obrigatoriedade e continuidade do serviço público, tutela, publicidade, inalienabilidade e controle jurisdicional dos atos administrativos.

A proporcionalidade e a igualdade serão tratadas em momentos próprios conforme o plano de organização desta obra.

Lançaremos algumas considerações sobre os demais princípios decorrentes, a começar pela legalidade.

Menções prévias salientaram a importância da lei como instrumento de liberdade na transição do Estado absolutista para o Estado constitucional. A existência de um documento escrito e prévio oriundo da deliberação do povo, diretamente ou por seus representantes, colocava os cidadãos a salvo de arbitrariedades cometidas pelo Estado.

Não obstante, a evolução da sociedade, de suas necessidades e realidades, conduz a uma leitura diversa do princípio da legalidade, que não pode mais significar apenas o ato oriundo do corpo legislativo. A leitura condizente com o Estado Democrático de Direito transporta-o para assumir vertente que melhor se denomina de juridicidade.

Exemplo disso são a previsão de medidas provisórias pelo Presidente da República e as leis delegadas, conforme os artigos 62 e 68 da Constituição da República. Embora sejam atos primários que inovem o ordenamento jurídico criando obrigações e direitos, não são provenientes do Poder Legislativo. Uma relevante consideração diz respeito ao controle desses atos pelo Legislativo, visto que, embora expedidos pelo Chefe do Executivo, são submetidos ao Legislativo para investigação de sua legitimidade.

Ato ainda divergente da função típica e, não obstante se materialize em prescrição escrita e prévia, não oriunda do Legislativo é a lei complementar que institui o Estatuto da Magistratura, conforme o artigo 96 da Constituição.

A possibilidade de os poderes praticarem atos diversos de sua função típica sem, contudo, desnaturar sua essência, bem como a opção constitucional de, em hipóteses tais ou na omissão do exercício de um dever próprio ou no exercício de arbitrariedade ativa, sempre assegurar o controle por outro Poder, tornam palpável a teoria da separação como garantia de liberdade, já que somente o poder limita o poder, seja pela sua ação ou omissão.

Portanto, neste trabalho, a legalidade será considerada pelos contornos da juridicidade e tão somente quando o tema demandar será feito o alerta para a exigência da legalidade estrita.

Jaime Rodríguez-Arana acentua que a Administração Pública se submete à lei e ao direito. Como o poder não é absoluto, a Administração deve atuar dentro desses marcos, ou seja, dentro da moldura do ordenamento jurídico. Nesse contexto, a Administração vincula-se não só à lei, mas também aos juízes, a quem está incumbido pela Constituição o dever de examinar a adequação ou não da atividade administrativa ao direito.[83]

Pelo princípio da impessoalidade, *a Administração, ao agir, tem que se pautar exclusivamente pelo propósito de atingir o fim previsto na lei.* O princípio da moralidade compele a Administração Pública e seus agentes a agirem com fulcro nos princípios éticos da lealdade e boa-fé. Por sua vez, o princípio da publicidade *obriga a Administração a dar conhecimento, divulgar oficialmente os atos administrativos, publicá-los.* Sílvio Luís Ferreira da Rocha leciona que o *princípio da eficiência é o princípio da boa administração.* O agente público deve conduzir sua atuação visando a resultados de maior valia para a consecução dos fins incumbidos ao Estado.[84]

O princípio da finalidade decorre da legalidade e incita a Administração a buscar o fim previsto em lei. Como pontua Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o administrador deve perseguir o fim específico abarcado pela lei, sob pena de incorrer em desvio de poder.[85]

A razoabilidade remete o recurso a critérios racionais conectados ao exercício da competência. Em outro capítulo, desenvolve-se o contexto de configuração desse princípio.

Devido processo legal e ampla defesa emergem do respeito a um processo formal regular para legitimar a tomada de decisão pelos órgãos de soberania.

O princípio do controle dos atos administrativos pode ser considerado o núcleo desta pesquisa, ressalvando-se tão só o fato de o exame se restringir ao controle da omissão ou da atuação deficiente. Na vertente do controle judicial, optamos, pois, por salientar esse princípio ao longo de todo o trabalho subscrito.

Não obstante, consignamos que o controle pode ser interno, quando feito por agente integrante dos quadros administrativos, ou externo, quando partir das instituições políticas ou jurídicas. Quanto ao objeto, pode ser de legalidade, de mérito e de eficiência. Com relação ao momento, pode ser prévio, anterior à eficácia do ato, ou sucessivo, posterior ao ato ou decisão. Por fim, quanto ao modo, pode operar de ofício ou por provocação.

---

83 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales* cit.

84 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2013. p. 73-81.

85 Ibidem, p. 86.

O controle administrativo é denominado de controle interno. Assume distintas formas. No controle hierárquico, os superiores fiscalizam as atividades de seus subordinados. Na avocação, o superior chama para si a competência do subalterno. Reclamação administrativa se traduz na impugnação escrita da atividade pública. O pedido de reconsideração implica a devolução do conhecimento da matéria à mesma autoridade que a conheceu anteriormente. Representação significa a notícia formal de irregularidades internas ou de abuso de poder na atividade pública. O recurso hierárquico compreende a petição destinada à autoridade superior para conhecimento e reforma da decisão proferida. Por fim, a revisão corresponde ao recurso do servidor público no caso de punição a fim de contestar a respectiva decisão.

O controle externo provém do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo, e do Poder Judiciário.

O controle legislativo pode ser político ou administrativo, financeiro e orçamentário. O controle político "constitui o exercício de função típica do Poder Legislativo, pela qual este pode questionar os atos do Poder Executivo, analisar a gestão da coisa pública e tomar as medidas necessárias; conta, para isso, com as comissões parlamentares de inquérito".[86]

No controle administrativo, financeiro e orçamentário, o Congresso, por si ou por meio do Tribunal de Contas, fiscaliza entidades públicas, contas de pessoas físicas, instituições públicas e privadas que manipulam bens ou valores públicos. Esse controle investiga critérios de legalidade, legitimidade e economicidade do ato.

Pelo princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, a Constituição institui a imputação a todos os órgãos de soberania, legislativo, administrativo e judiciário, de responderem pelos atos que praticarem ou pelas omissões que se abstiverem.

Por fim, a segurança jurídica pressupõe a previsibilidade ou a estabilidade do ordenamento jurídico com o fito de proporcionar a harmonia social.

1.9 A reserva da administração

De acordo com Gomes Canotilho, a reserva da administração é entendida como o espaço a ela reservado fora das ingerências do parlamento,[87] que, no entanto, ainda revela certa dificuldade de definição do conteúdo específico. Nesse contexto, são enumeradas as seguintes

---

[86] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo* cit., p. 722.

[87] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 739.

reservas: a) reserva da administração autônoma; b) reserva de execução; c) reserva de poder de organização; d) reserva de normação do Poder Executivo.

Lançaremos as bases da teoria de forma sucinta, porque julgamos intimamente conectada ao princípio da deferência. À frente do conceito, indicaremos a ponderação crítica do jurista português.

As reservas de administração autônoma compreendem a zona de reserva especial em que é vedada a derrubada por lei, *v.g.*, a autonomia universitária que não pode ser combalida por lei. Por se tratar de reservas oriundas da Constituição, devem respeito ao princípio da lei, que, contudo, não pode anular os espaços normativos delimitados.

Por sua vez, a reserva de execução das leis compreende uma reserva condicionada à medida da lei e da densidade de regulação legal. É vedado ao Executivo demandar do legislador uma moderação no tocante ao desenvolvimento e densidade de regulação de lei. O legislador observará os limites constitucionais dos princípios materiais. Ao administrador será garantida uma competência para conformação dos regimes fixados por lei.

A reserva de poder de organização, por conseguinte, implica o reconhecimento de que o poder de criar, modificar e extinguir estruturas subjetivas e orgânicas da administração, seus poderes e reforços funcionais deve provir de ato normativo legislativo.

Por fim, a reserva de regulamentos autônomos corresponde à aclamação do um poder originário diretamente fundado na constituição, que, no entanto, também depende de intervenção legal.

1.10 Do princípio da deferência

O princípio da deferência desenvolveu-se no esteio do incremento das agências reguladoras, especialmente no tocante à discriminação de suas competências e responsabilidades.[88] Em suma, o princípio recomenda uma menor intensidade de controle judicial quanto maior a certeza técnica e política que permeia a decisão administrativa.

Gustavo Binenbojm defende que o juiz deve agir com deferência ao raciocínio desenvolvido pela autoridade administrativa e à decisão daí decorrente, levando em

---

[88] *V.g.*, sugere-se a leitura dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.171.688, 2.ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 23.06.2010; REsp 1874643, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, *DJe* 20.05.2022; AREsp 1577194, 2.ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 27.02.2020.

consideração a sustentabilidade dos argumentos fático-jurídicos colacionados, os procedimentos técnicos e participativos que orientaram a decisão e, por fim, a *expertise* e a experiência da autoridade administrativa na matéria de conteúdo técnico em debate.[89]

Eis a síntese do que se denomina princípio de deferência: a consideração ao tecnicismo da Administração Pública e legitimidade dos procedimentos participativos.

Partindo dessa concepção, o jurista fluminense propõe a estruturação de uma teoria jurídico-funcionalmente adequada do controle judicial sobre atos jurídicos vinculados tanto por regras como por conceitos indeterminados e por princípios, sob o argumento de que a *ponderação proporcional* não se mostra apropriada para guiar a atividade judicial. Não nos aprofundaremos nessa questão em virtude da opção metodológica e referencial desta pesquisa, pela qual os medicamentos e tratamentos previstos nos protocolos do SUS assumem a estrutura de regras e a ausência de previsão conduz à estrutura de princípio, cuja solução, apenas neste último caso, depende do exame de proporcionalidade, conforme ficará demonstrado em outro momento.

Não obstante, Binenbojm edifica parâmetros de controle judicial cuja intensidade se molda a partir da deferência à atuação técnica da Administração Pública. No capítulo reservado ao estudo dos direitos fundamentais, socorrendo-nos da teoria de Bernal Pulido,[90] tratar-se-á dos graus de intensidade do controle judicial. Anotamos que ambas as teorias se assemelham no sentido do respeito dispensado à atuação técnica da Administração Pública.

Os *standards* arquitetados por Binenbojm serão enumerados com o fito de reforçar a relevância das decisões técnicas e políticas da Administração Pública constitucionalmente válidas.

No exercício do controle jurisdicional, maior será sua intensidade quanto maior o grau de: a) restrição a direitos fundamentais; b) objetividade extraível do relato normativo. Menor será a intensidade do controle quanto maior o grau de: a) tecnicidade da matéria; b) politicidade da matéria; c) participação efetiva e consenso em torno da decisão administrativa.[91]

Como será demonstrado no próximo capítulo, os critérios aqui enumerados com fulcro na deferência à atuação administrativa funcionam como guias do exame de proporcionalidade

---

89 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização cit., p. 253.

90 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.

91 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização cit., p. 332.

na aplicação dos direitos fundamentais, em especial em matéria de saúde, como pontuado no capítulo respectivo.

A despeito da controvérsia sobre a inserção desses critérios no controle jurisdicional isoladamente ou na avaliação de proporcionalidade, fica evidente a exigência de conferir maior respeito à atuação técnica e política constitucionalmente válida.

1.11 A textura aberta do direito

Em conformidade com anotações anteriores, o poder é uno e indivisível. Não obstante, a classificação entre funções típicas e atípicas colabora para a adequada consecução dos objetivos e fundamentos da República.

Optamos pela investigação do conceito de direito de Hart,[92] para quem o direito é uma combinação entre normas primárias e secundárias, visto que contribui com a relevância da noção de sistema, especialmente de a legitimidade advir do próprio sistema estudado.

Normas primárias exigem que os seres humanos pratiquem ou deixem de praticar alguns atos, quer queiram, quer não; compelem ao exercício de deveres se se referem a atos que envolvam movimento ou mudanças físicas. Por sua vez, normas secundárias permitem a introdução de novas normas do tipo principal, extinguindo ou modificando normas antigas, ou ainda determinam variadas formas de incidência ou controle de aplicação; são normas que outorgam poderes, públicos ou privados, e que dispõem sobre movimentos e mudanças físicas, como também sobre criação ou modificação de deveres ou obrigações.

A configuração de um sistema jurídico pressupõe que as normas de comportamento válidas de acordo com os critérios últimos de validade do sistema devem ser obedecidas, bem como as normas de reconhecimento que discriminem os critérios de validade jurídica e as normas de modificação e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos comuns de comportamento oficial por parte das autoridades do sistema.[93]

Para o jurista inglês a aceitação se mostra mais condizente com a noção de sistema do que a coerção, porque implica a disposição permanente de os indivíduos anuírem com os

---

92 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

93 Ibidem, p. 150.

padrões de comportamento e orientações futuras, bem como de padrões críticos de legitimação dessa exigência, exercendo pressão para observância dessas normas.

A norma primária veicula algum tipo de restrição ou uso gratuito de violência; por esse motivo, eventual desobediência advirá de uma minoria social. Por apresentar defeitos estruturais,[94] a correção fica a cargo das normas secundárias porque "especificam como as normas primárias podem ser determinadas, introduzidas, eliminadas e alteradas de forma conclusiva, e como estabelecer conclusivamente o fato de terem sido transgredidas".[95]

A norma de reconhecimento, segundo elementos de configuração de um sistema, "especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce".[96] Não se trata de um verbete expresso, mas de resultado do processo de identificação dos diversos atores jurídicos, cuja função se restringe a indicar a *fonte de autoridade,* no sentido de apontar a forma correta de sanar incertezas quanto à existência da norma.[97]

Nessa senda, é a constatação de uma norma como inerente ao sistema que determina sua validade jurídica, visto que se reconhece a satisfação de todos os critérios reclamados pela norma de reconhecimento.

Vencida a etapa de compreensão do que se considera sistema jurídico na concepção de Hart, caminha-se para o entendimento do conceito de textura aberta do direito.

> A textura aberta do direito significa que existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso.[98]

Diante da abertura do sistema jurídico, autorizam-se os juízes a exercerem sua discricionariedade com o fim de adequar as variadas condutas, inclusive na hipótese de obscuridade ou incertezas da lei, aos comandos normativos, ampliando ou restringindo o âmbito de aplicação. Essa atividade pode se dar por meio da delimitação do conteúdo de termos vagos, imprecisos ou indeterminados, como também pela constatação da impossibilidade de o

---

94 Hart aponta a incerteza, o caráter estático da norma e a ineficiência da pressão social para que as normas sejam mantidas como defeitos estruturais (*O conceito de direito* cit., p. 119-121).

95 Ibidem, p. 122.

96 Ibidem, p. 122.

97 Ibidem, p. 123.

98 Ibidem, p. 175.

legislador prever todas as circunstâncias que podem ocorrer. Na última hipótese, Hart conclui que aos juízes estaria permitida a criação do direito, e não apenas sua declaração.

A textura aberta do direito, na ausência de previsão legislativa, concebe a ideia de que os juízes ostentariam um poder amplo de criar a norma aplicável ao caso concreto, que vigorará até que seja alterada pela legislação. É o que se poderia chamar de função normativa pelos tribunais. Hart sustenta que, omissa a regulamentação legislativa, o juiz será incapaz de fundamentar a decisão em qualquer sentido, visto que o direito se apresenta parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesse contexto, "os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino 'discricionariedade'".[99]

É vedado ao juiz se abster de julgar sob alegação de carência de norma positivada pelo legislador, assim como não lhe é permitido remeter o caso ao Parlamento para elaboração de uma proposta com solução normativa. Incumbe ao juiz exercer sua discricionariedade e criar o direito ao caso em exame, de modo que "o juiz ao mesmo tempo cria direito novo e aplica o direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder".[100]

A despeito de Hart conferir um poder de legislar ao juiz para exercício de sua discricionariedade, há larga distância do poder atribuído aos representantes do povo, haja vista as diversas restrições a que estão submetidos. No exercício dessa discricionariedade, o juiz deve se afastar de qualquer conduta arbitrária e justificar a decisão a partir de razões gerais, atuando como um legislador consciencioso.[101] A aceitação dessa decisão pela sociedade a que corresponde o sistema jurídico definirá sua autoridade e legitimidade.

É a coerência do sistema que concebe competência aos tribunais para desvendar a norma aplicável ao caso. Por suposto, consoante ensina Hart, é superável o aparente paradoxo no que diz respeito à legitimidade dos tribunais para interpretar a constituição.[102] Sustenta que o argumento do déficit democrático da atuação judicial é refutável, porque a textura aberta

---

99 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito* cit., p. 326.

100 Ibidem, p. 351.

101 Ibidem, p. 352.

102 "Como pode uma constituição conferir autoridade para que se diga o que é a constituição? Mas o paradoxo desaparece se lembrarmos que, embora toda norma possa ter seus pontos discutíveis, uma condição verdadeiramente necessária para a existência de um sistema jurídico é que nem toda norma possa ser posta em dúvida em todos os seus aspectos. A possibilidade de os tribunais terem, em determinado momento, autoridade para decidir essas questões restritivas referentes aos critérios últimos de validade depende apenas do fato de que, à época, a aplicação desses critérios a uma vasta área do direito, inclusive às normas que conferem autoridade aos próprios tribunais, não deixa margem a dúvidas, embora dúvidas existam quanto à extensão e ao limite precisos da norma" (Ibidem, p. 197).

provém do sistema ao optar por termos vagos, indeterminados ou da generalidade dos princípios. Acrescente-se o argumento de que o reconhecimento da discricionaridade do juiz engloba a análise de casos concretos que lhe foram submetidos a julgamento, e não a elaboração de legislações ou codificações inteiras, incidindo sobre situações de inexistência de regulamentação jurídica prévia. Também não se vislumbra qualquer óbice na atuação do legislador para regulamentar a situação que provocou a atuação judicial, atribuindo-se efeitos apenas para os futuros casos.

1.12 Políticas públicas

Na concepção de Eros Grau, baseando-se no modo de produção capitalista, "a expressão 'política pública' designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade". A distinção entre Estado e sociedade e Estado e economia é manifestação da atuação estatal como ato de intervenção, seja na ordem social, seja produzindo o direito que instaura a ordem jurídica, seja com a delimitação das esferas do público e privado, seja regulando a economia. A intervenção do Estado posiciona-o na condição de produtor do direito e provedor de segurança.[103]

O declínio do capitalismo concorrencial liberal erige o Estado à posição de *terceiro-ordenador,* em que o direito positivo se mostra como instrumento de implementação de *políticas públicas*, desenvolvendo novas formas de atuação. O Estado Social se legitima precipuamente pela realização de políticas, entendendo-se tais como programas de ação. De acordo com Eros Grau, "a expressão 'políticas públicas' designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social".[104]

O conceito de políticas públicas para Sílvio Luís Ferreira da Rocha[105] corresponde a um programa de ação que objetiva realizar um fim de interesse público que visa a concretizar, tornar materialmente disponível ao particular, a fruição de um direito fundamental.

Assumindo a concepção de um Estado que tem como finalidade promover materialmente uma ordem social justa, Américo Bedê Freire Júnior assevera que "as políticas públicas são os meios necessários para efetivação dos direitos fundamentais".[106]

---

[103] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 26-27.
[104] Ibidem, p. 27-28.
[105] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo* cit., p. 597.
[106] FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: RT, 2005. p. 48.

Maria Paula Dallari Bucci defende que o tema políticas públicas circunscreve-se à tecnologia jurídica governamental para a democracia, ou seja, tenciona entender o fenômeno governamental a partir do direito e de seus limiares como ferramenta analítica de apoio à identificação e sistematização de condições, regras e instituições jurídicas imprescindíveis para que o Estado planeje e execute políticas públicas por meio de canais e processos de organização de forças da sociedade.[107]

Élida Graziane Pinto constrói um conceito de políticas públicas baseado no disposto no artigo 6.º do Decreto-lei 200, sobrelevando uma relação dinâmica de planejamento, execução e controle. Sustenta que a *"*noção de política pública corresponde a um ciclo decisório, finalística e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em torno dessas três grandes fases: planejar, executar e controlar".[108]

Colacionados os conceitos alhures, é imprescindível frisar que o controle das políticas públicas, na lição de Dallari,[109] pode ocorrer pelo controle dos pressupostos fáticos e jurídicos que fundamentam o direito como ordenamento jurídico e sistema.

Paralelamente, Sílvio Luís afirma que o tema políticas públicas conecta-se aos direitos fundamentais previstos na Constituição e, por essa razão, o controle envolve os direitos fundamentais sociais a prestações originários e derivados. Diante dessa constatação, admite-se o controle de políticas públicas porque ao Poder Judiciário foi conferido o dever de julgar a conformidade dos atos e omissões que possam violar os direitos fundamentais a prestações com os preceitos da Constituição e das leis.[110]

Por sua vez, Élida Graziane Pinto sustenta que o controle das políticas públicas consiste na adequada avaliação do planejamento e execução, partindo do diagnóstico das demandas sociais e do manejo do gasto público de qualidade. Admitir a política pública como um ciclo dinâmico de planejar e executar é um passo para compreender sua função de corrigir,

---

[107] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36: "Partindo do pressuposto de que a política atua por meio de expressões jurídico-institucionais, cujo domínio representa uma forma particular de poder, o funcionamento do governo e a formação dos arranjos institucionais, configurando políticas públicas, constituem uma agenda específica de pesquisa e ação. Seu objeto principal deve estar centrado na formação do direito, na base dos programas de ação governamental, num ambiente democrático (o que já foi chamado, em outro tempo e com um sentido mais limitado, de 'política jurídica)".

[108] PINTO, Élida Graziane *et al*. *Política pública e controle*: um diálogo interdisciplinar em face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 111.

[109] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas* cit.

[110] ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo* cit., p. 598.

fundamentar e aprimorar a etapa seguinte de planejamento.[111] Os parâmetros de planejamento, execução e controle nascem da previsão e execução dos recursos orçamentários. O gestor detém o dever legal de cumprir as obrigações constitucionais e legais do planejamento setorial. O descumprimento orçamentário na fase de planejamento e na de execução exige motivação suficiente para justificá-lo, sob pena de desvio de finalidade e, por consequência, abuso de poder. Graziane salienta que "o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado".[112]

Políticas públicas estão no centro normativo de definição das atividades-fim do Estado; trata-se da representação dos meios que o Estado dispõe para a consecução de suas finalidades públicas.[113]

Diretriz assaz relevante é a que se relaciona ao dever de contínua adequação da realidade social à previsão orçamentária, isto é, a alocação de recursos para custeio das políticas públicas mediante a lei orçamentária e os remanejamentos, nos termos do disposto no artigo 167, VI, da Constituição da República.

A advertência abrange o dever de garantir normativa e materialmente os direitos fundamentais progressivamente do ponto de vista orçamentário, com constante ampliação e não redução da base de financiamento.

A questão dos direitos subjetivos sociais será desenvolvida no capítulo seguinte.

1.13 Considerações finais

A Revolução Francesa marcou a transição do Estado absolutista para o Estado constitucional, delimitando ainda a transformação da soberania real em soberania popular. A ascensão do povo ao poder implicou a necessidade de se construírem novas bases de fundamentação do Estado. Diversos teóricos se sobressaíram nessa tentativa, contudo, pela demarcação deste trabalho, limitamo-nos a trazer noções de alguns deles, como Rousseau, Kant,

---

[111] PINTO, Élida Graziane *et al*. *Política pública e controle*: um diálogo interdisciplinar em face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro cit., p. 113.

[112] Ibidem, p. 116.

[113] "Por mais que se saiba haver muito o que fazer, o Estado não tem como abarcar a responsabilidade pela solução de todos os conflitos sociais, seja porque não pode se fazer substituir aos cidadãos em sua esfera de autonomia, seja porque dispõe de recursos limitados, quando, então, passa a ter de definir com clareza onde e com que intensidade atuará. Aliás, do ponto de vista orçamentário e financeiro, tal realidade é determinante. O controle sobre a definição do que o Estado faz (e dentro de qual linha de prioridade) passa a ser, desse modo, tema umbilicalmente vinculado à equação havida entre as receitas de que aquele dispõe e a despesas a que está autorizado a promover" (Ibidem, p. 117).

Hegel e Montesquieu. Este último será objeto de maiores considerações neste trabalho em razão de sua teoria da separação de poderes.

A tripartição de poderes funciona como uma garantia do indivíduo contra as arbitrariedades estatais. Pelo momento histórico em que surgiu, acaba por despertar maior atenção sobre os atos arbitrários ativamente praticados pelo Estado. Nessa senda, as discussões sobre a interferência de um Poder sobre outro são quase inexistentes. No entanto, a arbitrariedade estatal também pode ocorrer na modalidade omissiva, isto é, quando o Estado se abstém de agir.

O Estado social surgiu após o advento do Estado constitucional. Os direitos sociais exigem um *facere* do Estado, isto é, o dever de prestar obrigações que concretizem os valores e interesses positivados na Constituição. A omissão de providências que progressivamente materializem esses direitos configura uma forma de arbitrariedade passível de controle pelos demais poderes, sem que isso, no entanto, implique indevida invasão.

A separação de poderes ostenta uma perspectiva negativa e uma positiva. Naquela, abarca o sentido de contenção e limite de poder; nesta, trata de instrumento de ordenação e organização dos poderes constitucionais para proporcionar eficácia às normas constitucionais. É lastreado nesse caráter instrumental que, por ora, sustenta-se a legitimidade do controle judicial no caso de omissão ou atuação dos demais poderes.

As funções estatais são exercidas mediante atividade constante do exame de proporcionalidade, que funcionará como parâmetro dos limites para o controle de um Poder sobre o outro. A despeito da opção dessa ferramenta para compreensão do controle judicial, mostra-se inolvidável o conhecimento da classificação das funções a partir dos atos que lhe são típicos. Em verdade, o reconhecimento dos atos típicos remonta a uma organizada estrutura de eficiência no planejamento e execução dos direitos fundamentais.

Semelhante conclusão se extrai da análise do regime jurídico administrativo que veicula o alicerce da função administrativa. O exercício da atividade administrativa observará o regime jurídico-administrativo calcado na supremacia do interesse público e na indisponibilidade, pela Administração, do interesse público. Entende-se por interesse público a dimensão pública dos interesses pessoais do indivíduo positivados em determinado ordenamento jurídico.

A organização da atividade administrativa com base em princípios retores confere segurança jurídica e contribui para a manutenção coesa e coerente do sistema, com alicerce na supremacia do interesse público e em sua indisponibilidade. A supremacia do interesse público

não implica sacrifício ou aniquilamento do interesse privado, porque este também se inclui no conceito de interesse público. A Administração sempre deverá se guiar pela busca do interesse público nessa perspectiva.

A proporcionalidade funcionará como instrumento de indicação do direito subjetivo decorrente do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como será aprofundado no capítulo subsequente.

A reserva da Administração se resume a um espaço de conformação que foge a uma intensa ingerência do Legislativo, e com o princípio da deferência integram um núcleo de respeito às escolhas técnicas e políticas realizadas pela Administração Pública. O Judiciário reconhece e acata o conhecimento político e técnico do gestor público, de modo que o controle judicial será tanto menos intenso quanto maior a tecnicidade ou politicidade da matéria, e ainda quanto maiores a participação efetiva e o consenso em torno da decisão administrativa. Nos capítulos posteriores, desenvolveremos o tema pela perspectiva da proporcionalidade, consignando desde já que em muito se assemelha às diretrizes do princípio da deferência.

A impossibilidade de o legislador antever e normatizar todas as situações contribui para o reconhecimento da textura aberta do direito e, por conseguinte, a legitimidade do controle judicial, de modo que caberá ao juiz, observando o sistema, definir qual norma será aplicada no caso que lhe foi levado ao conhecimento.

As políticas públicas não se confundem com o direito público subjetivo, que será entabulado nos capítulos seguintes. O conceito de políticas públicas perpassa pela sua compreensão como programa de ação estatal. Demarcando a atuação estatal, assume a configuração de um ciclo decisório organizado segundo as atividades de planejamento, execução e controle. Nesse percurso, faz-se mister identificar as demandas sociais e avocá-las para dentro do orçamento com a previsão e o remanejamento de gastos, costurando a integridade do sistema, inclusive na relação equilibrada entre demandas e receitas. O controle das políticas públicas, então, refere-se à adequada avaliação do planejamento e execução, obedecendo ao gasto público e qualidade.

Conclui-se que o Estado é composto de três funções, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, detentores do dever-poder de perseguir a concretização dos princípios constitucionais e nos limites da Constituição.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações iniciais

Este capítulo se ocupa de delinear a teoria dos direitos fundamentais a partir dos respectivos conceitos, reflexos no sistema jurídico e relevância da argumentação racional para deslinde de questões que lhe são atinentes.

Iniciar-se-á por uma breve nota sobre a teoria desenvolvida por Robert Alexy, passando à conceituação de norma e suas vertentes. Em seguida, discorrerá acerca da fundamentalidade dessas normas, que pode ser formal e material, para então apresentar a estrutura das normas de direitos fundamentais como regras ou princípios.

A compreensão do tema segue para o estudo da abertura do sistema dos direitos fundamentais, salientando diversos instrumentos para alcançar este fim. A despeito de a textura aberta do direito ser mencionada neste capítulo, seu desenvolvimento se dará no capítulo atinente ao Estado e suas funções. A opção metodológica foi assim concebida para acentuar a legitimidade do controle jurisdicional sem que represente ofensa ao princípio da separação de poderes, haja vista decorrer da própria natureza aberta do direito a exigir constante atuação judicial.

O tópico atinente à dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais pretende apresentar as bases dessa distinção e os efeitos decorrentes, especialmente para adesão a valores positivados e à vinculação dos poderes estatais na temática, que será examinada logo a seguir.

A identificação distintiva dos titulares e destinatários dos direitos fundamentais importa para delinear os polos da relação *jusfundamental,* encaminhando o tema para o exame dos direitos fundamentais como direitos subjetivos.

As funções dos direitos fundamentais virão adiante mencionadas como de defesa, de prestação social, de prestação perante terceiros, contribuindo para a posterior narrativa sobre os direitos a prestações materiais, também denominados direitos sociais, bem como a incursão do tema na dignidade da pessoa e igualdade.

Nessa perspectiva, segue-se a classificação dos direitos fundamentais em gerações, a exposição da teoria dos *status* de Jellinek e sua correspondência aos direitos decorrentes das ações estatais negativas e positivas.

Ingressa-se, pois, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais com expressa opção pela tese do suporte fático amplo por alcançar uma gama maior de situações concretas que implicará alargamentos de hipóteses de colisões entre direitos fundamentais, contudo, é fato, podem ser resolvidas pela proporcionalidade.

Serão explorados os limites dos direitos fundamentais que, para além das teorias interna e externa, englobam a proporcionalidade e a intangibilidade do núcleo essencial. Prosseguindo com o exame do conteúdo essencial, a partir de teorias absolutas e relativas, fica consignado que a expressão somente pode ser compatibilizada com a proporcionalidade se for compreendida como a regra resultante de sua aplicação.

O estudo da proporcionalidade, então, é entabulado com bases jurídicas, especialmente quanto à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, a dignidade e a igualdade, inclusive da distribuição de recursos, serão tratadas como elementos a serem incluídos nesse exercício para se chegar à decisão mais justa no caso concreto.

2.2 Breve introito sobre a teoria dos direitos fundamentais

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy,[114] segundo o próprio jurista, propõe-se a se desenvolver por uma perspectiva jurídica e com base na Constituição alemã, como sempre é destacado, pressupondo-se um estudo dos direitos fundamentais positivamente vigentes. É com esse alerta que passaremos a examiná-la, no intuito de compor passos para a decisão correta em um caso concreto. Trata-se de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais porque se cinge à investigação de estruturas como conceitos de direitos fundamentais, influências no sistema jurídico e baseado no âmbito dos direitos fundamentais em observância ao encargo de uma teoria integrativa.[115]

Identificaremos o conceito de norma neste trabalho, em razão de sua limitação temática ao conteúdo extraído de um enunciado normativo decorrente de atividade interpretativa racional.

Na esteira da teoria do supramencionado jurista alemão, as normas de direito fundamental podem ser agrupadas sob duas vertentes: a) normas de direito fundamental

---

[114] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

[115] "A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-ser no âmbito dos direitos fundamentais" (Ibidem, p. 43).

estabelecidas diretamente pelo Texto Constitucional; b) normas de direito fundamental atribuídas, ou seja, aquelas que não são estabelecidas pela Constituição, mas são imputadas às que são diretamente firmadas no Texto Constitucional. A atribuição tão somente será válida se decorrer de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais que a abone.[116]

2.3 Da fundamentalidade das normas de direitos fundamentais. Fundamentalidade formal e material

Fundamentalidade designa a magnitude da proteção dos direitos em sentido formal e material.

A fundamentalidade formal associa-se aos parâmetros de hierarquia, procedimentos de inclusão, revisão e limites. Refere-se a normas consagradoras de direitos fundamentais, cuja hierarquia se sobrepõe às demais, normas preconizadoras de procedimentos de revisão e limites dessa revisão e, por fim, normas vinculatórias da ação estatal na tomada de decisões em seus respectivos núcleos de atuação. Em razão da posição superior das normas de direitos fundamentais, vincula diretamente o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Seguindo um modelo puramente procedimental, será direito positivo todo aquele editado com supedâneo nos procedimentos e formas vigentes, de modo que não há exclusão de conteúdo do direito positivo pela Constituição. O legislador gozará de ampla margem de discricionariedade para definir o conteúdo das leis.

A fundamentalidade material representa a base construtiva das estruturas estatais e sociais. Por conseguinte, não decorre necessariamente da fundamentalidade formal, isto é, a existência de documento escrito não lhe constitui um pressuposto. Em face dessa premissa, forçoso reconhecer que a fundamentalidade material delineia os contornos de abertura da constituição para direitos não formalmente consagrados, a abertura do sistema de direitos fundamentais, constituindo uma cláusula aberta ou princípio da não taxatividade, tema desenvolvido em tópico próprio.

Em um modelo puramente material, deriva-se das normas materiais o conteúdo de qualquer norma mediante um método ou critério adotado. A tarefa do legislador é declarar aquilo que já constaria da constituição. “Aquilo que no modelo puramente procedimental deve

---

[116] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

ser solucionado por meio de uma decisão no âmbito da constituição tem que ocorrer no modelo puramente material por meio de uma cognição de seu conteúdo."[117]

A junção da fundamentalidade formal com a fundamentalidade substancial evidencia o núcleo central no sistema jurídico.[118]

Com essa digressão, cumpre-nos, a seguir, explanar sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais.

2.4 Da estrutura das normas de direitos fundamentais

A norma jurídica, segundo a doutrina de Robert Alexy,[119] ou segundo as lições do americano Ronald Dworkin,[120] ou do português Gomes Canotilho,[121] é o gênero do qual regras e princípios são espécies decorrentes. Por norma pode-se entender o sentido de um ato que, tomando os modais deônticos básicos, obriga, permite ou autoriza uma conduta. Trata-se da revelação do sentido de um enunciado normativo.

Tal formulação é contestada por José Afonso da Silva. Para o constitucionalista brasileiro, o ordenamento jurídico é composto não só de normas jurídicas, mas também de ordens ou determinações jurídicas que se caracterizam como regras de direito, que não estão incluídas no conceito de norma jurídica. Ao contrário da teoria contemporânea, José Afonso da Silva defende que a regra ostenta maior abrangência do que as normas, sendo estas últimas uma espécie daquela. Em sua concepção, existem três tipos de regras jurídicas: regras ônticas, regras técnicas e regras deônticas. Tão somente as regras deônticas podem ser compreendidas como normas jurídicas, haja vista que veiculam em seu bojo um dever ser.[122]

Não nos aprofundaremos na teoria mencionada pelo mero delineamento deste trabalho. A proposta desta pesquisa fundamenta-se na identificação de regras e princípios como espécies

---

[117] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 521.

[118] "Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Isso vale independentemente do quanto de conteúdo é a eles conferido. Aquele que confere a ele pouco conteúdo delega muito ao legislador, o que pode ser considerado como uma decisão indireta acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. O fato de as decisões sobre o conteúdo das normas de direitos fundamentais incluírem decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade é algo que decorre dos objetos regulados" (Ibidem, p. 522).

[119] Ibidem.

[120] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit.

[121] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.

[122] SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

de norma jurídica, tal como firmado ao longo da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os direitos fundamentais.

A distinção entre princípios e regras alcança variados critérios, entre eles o grau de abstração ou generalidade, grau de determinação nos casos concretos de aplicação, caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito, forma de surgimento, caráter explícito de seu conteúdo axiológico, referência ou proximidade da ideia de direito, lei jurídica suprema ou importância para a ordem jurídica.[123]

Princípios e regras se assemelham por se enquadrarem como normas jurídicas formuladas a partir de modais deônticos básicos de dever, permissão e proibição. Distinguem-se, sucintamente, pelo modo de realização, conforme será exposto. Por um lado, princípios são normas jurídicas impositivas de otimização, compatível com vários graus de concretização, permitindo-se o balanceamento de valores e interesses conforme o peso, cuja tensão conduz à colisão de princípios, resolúvel por ponderação. Por outro lado, regras prescrevem imperativamente uma exigência, ocasionando tensão por conflito de regras, aplicando-se em uma lógica do tudo ou nada, cuja solução reporta-se à declaração de invalidade.

Conceitualmente, no esteio de Robert Alexy, "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", ao passo que as regras são normas que "são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas".[124]

> Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos e graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.
> [...]
> Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.[125]

O critério que melhor delineia a distinção entre essas espécies de norma reside no caráter definitivo das regras e *prima facie* dos princípios. Regras se aplicam mediante subsunção.

---

[123] *V.g.* CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

[124] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 90.

[125] Ibidem, p. 90-91.

A assimetria entre regras e princípios pode ser mais claramente elucidada a partir do estudo, por um lado, das tensões entre princípios e, por outro, das tensões entre regras.

Segundo Dworkin,[126] por um lado, as regras se aplicam na lógica do "tudo ou nada", implicando duas soluções de validade: a) se a regra é válida, deve ser cumprida; b) se a regra é inválida, não influencia a decisão. Eventual conflito obedecerá ao previsto no ordenamento jurídico para as antinomias. Por outro, os princípios atuam em uma dimensão de peso ou importância, que será levado em conta, em cada situação específica, na hipótese de colisão. Ambos continuam válidos para o ordenamento, pois não se configura qualquer invalidade.

Por sua vez, para Robert Alexy,[127] os princípios são normas realizáveis na maior medida possível, observadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto. A aplicação ocorre em graus distintos por atuarem como mandados de otimização. Se válida, a regra deve ser observada, salvo se introduzida uma cláusula de exceção ou se declarada a invalidade por meio dos critérios de solução de antinomias. O conflito entre princípios, de outro modo, resolve-se pela técnica da ponderação, prevalecendo o de maior peso na situação específica, com a maior realização possível do conteúdo de cada um desses princípios colidentes. Estabelece-se uma relação de precedência condicionada.

O *conflito de regras* exige para seu desenlace a introdução de uma cláusula de exceção com o intuito de eliminá-lo. Nessa perspectiva, essa cláusula de exceção guiará a declaração de invalidade de uma das regras envolvidas. A invalidação jurídica não admite graduação. Essa invalidação se orienta pelos critérios resolutivos de antinomia (*v.g.*, *lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali* etc.)

Na *colisão de princípios*, importa trazer à baila a tese de Humberto Ávila que parcialmente se contrapõe à teoria de Robert Alexy, ao indicar que a proporcionalidade como instrumento de solução de colisões de direitos fundamentais não pode significar um princípio. Melhor denominação considera a proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo.[128]

---

[126] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit.

[127] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

[128] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 176: "A compreensão concreta do Direito pressupõe também a implementação de algumas condições. Essas condições são definidas como postulados normativos aplicativos, na medida em que se aplicam para solucionar questões que surgem com a aplicação do Direito, especialmente para solucionar antinomias contingentes, concretas e externas: contingentes, em vez de necessárias, porque surgem ocasionalmente diante de cada caso; concretas, em vez de abstratas, porque surgem diante de um problema concreto; e externas, em vez de internas, porque não surgem em razão de conflitos internos ao ordenamento

Bernal Pulido, com singela variação, caminha em sentido harmônico a Humberto Ávila. Em sua lição, a proporcionalidade seria mais bem designada como um postulado, visto que orienta a aplicação de outras normas. A proporcionalidade como princípio entraria no mesmo ciclo de abertura como qualquer outro princípio, a ensejar a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A despeito da relevante observação, em sua obra, mantém a denominação de princípio da proporcionalidade.[129]

Virgílio Afonso da Silva, de outro giro, propõe o uso da expressão "regra da proporcionalidade". Malgrado não corresponda a uma regra de conduta, trata-se de regra que direciona a aplicação de outras regras, opondo-se à expressão "postulado normativo aplicativo" de Humberto Ávila.

A proporcionalidade como técnica de resolução de colisão será desenvolvida em tópico próprio diante da riqueza de seu conteúdo que merece maior atenção. Neste momento, mostra-se suficiente uma breve exposição do instituto.

2.5 Da abertura do sistema dos direitos fundamentais

Guerra Filho conceitua sistema, à época de seu surgimento com o jusnaturalismo racional no século XVIII, como "a ideia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum".[130] Outras teorias tentam abordar o conceito, podendo-se citar, pelo aspecto abstrato do direito, a jurisprudência dos conceitos, a Escola Exegética Francesa, a Escola Analítica Inglesa, a Teoria Fenomenológica do Direito e o neopositivismo analítico, e, por fundamentos atinentes a aspectos histórico-sociais, a jurisprudência dos interesses, a Escola de Baden, o neo-hegelianismo, a Teoria Sociológica de Duguit, a Tópica de Viehweg e o realismo americano.

O jurista brasileiro salienta que a premissa de um sistema fechado de enunciados é desconforme com as exigências do caso concreto, porque distante da realidade social. As lacunas devem ser preenchidas no caso concreto, sem prejuízo de aplicação em situações análogas, em atenção ao princípio da igualdade e da justiça. Dessarte, o sistema jurídico aberto é o que mais se compatibiliza com a busca desses princípios,[131] o qual deve demonstrar a

jurídico. Entre os principais postulados aplicativos estão a proporcionalidade, a razoabilidade e proibição de excesso [...]".

[129] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.

[130] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31.

[131] Ibidem.

pretensão de correção a partir de condições materiais e procedimentais, composto por regras e princípios, justificados pela racionalidade.

Na visão de Luísa Cristina Pinto e Netto, o Estado constitucional se fundamenta na dignidade da pessoa humana e, do ponto de vista estrutural, nos princípios de juridicidade, democracia e socialidade. Entende-se por judicialidade a submissão do exercício do poder político aos parâmetros ditados pela Constituição. O princípio da democracia assegura ao povo a titularidade do poder político não apenas consoante uma concepção procedimentalista. Por último, o princípio da socialidade reclama um Estado voltado para a conformação social.[132]

A autora defende que o sistema de direitos fundamentais se configura como um sistema aberto e ordenado de normas, dotado de unidade e coerência, baseados na dignidade da pessoa humana e demais aspectos materiais que o estruturam. Unidade proveniente não apenas de elementos formais, como também de elementos materiais-valorativos.[133]

Pinto e Netto sustenta que a abertura do sistema pode resultar da dignidade da pessoa humana como elemento estruturante do Estado constitucional, concretização legislativa dos direitos fundamentais, da aplicação judicial do direito, de cláusula expressa, normas internacionais e revisão constitucional. Essa abertura prescinde de preceito explícito, ultrapassa a premissa de expressa previsão de cláusulas abertas, operável por variáveis vias e decorre do próprio direito.[134] Outro instrumento de abertura foca a textura aberta do direito, explanado em outro ponto desta pesquisa.

A conjuntura de um sistema aberto admite a coexistência de regras e princípios, permitindo a unidade valorativa e a adequação com pretensão de correção.

O jurista português Gomes Canotilho aduz que a aceitação dos princípios é primordial para arejar o sistema, amoldando-se a diversos casos concretos surgidos no seio da sociedade, em virtude da textura aberta dos princípios que consagram valores compartilhados pelo grupo, colaborando para a progressiva concretização de preceitos constitucionais. Salienta que as regras são indispensáveis para proporcionar segurança jurídica em questões que prescindem de ponderação. Em outras palavras, o recurso à sincronia de princípios e regras é fator de resiliência do sistema para acompanhar as mutações sociais.[135]

---

[132] PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional*. Curitiba: Íthala, 2016.

[133] Ibidem.

[134] Ibidem.

[135] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1162.

Anota ainda a subsistência de dois níveis de abertura, quais sejam, por um lado, horizontal, devido à incompletude e caráter fragmentário do Texto Constitucional; por outro, vertical, relativa ao caráter geral e indeterminado de certas normas constitucionais que se abrem à mediação legislativa concretizadora. A abertura do sistema decorre da densidade da norma constitucional que exige providências para sua concretização. A constituição, então, funciona como fundamento e limite do processo de concretização, que impende observar o princípio da unidade da constituição.[136]

A jurista mineira assevera que o sistema *jusfundamental* do Estado constitucional ostenta uma norma-princípio de abertura que impõe aos poderes estatais contínuo incremento para resguardar o respeito à dignidade da pessoa. Tal norma de abertura trata-se de norma principial adstrita à norma de dignidade humana, ao princípio democrático, à expressa cláusula aberta, aos direitos fundamentais explícitos e às normas de competência para revisão constitucional e legislativa. Representa a perene integração de conteúdos *jusfundamentais*.[137]

Consequência direta dessa abertura sistemática é a consagração de ampliada atuação do Poder Judiciário na implementação do sistema de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo que se limita à atividade legislativa, amplia-se o controle judicial. No entanto, *a atividade judicial somente se legitima como recurso direto à Constituição, sendo-lhe vedado atribuir a si o papel do legislador, criando direitos novos*. Consoante, Pinto e Netto, "isto subverteria a divisão de poderes pelo exercício efetivo de poderes de criação do Direito e pela imposição de ônus à atividade executiva estatal sem lastro nas deliberações democráticas do Poder Legislativo".[138]

Decorre dessa abertura o ônus de os poderes estatais se limitarem entre si.

2.6 Das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

É notória a narrativa de que os direitos fundamentais, com supedâneo na doutrina alemã, ostentam uma dimensão objetiva e outra dimensão subjetiva. Sob a nomenclatura de dimensão albergam-se também as expressões eficácia ou aspectos.

A dualidade objetiva-subjetiva conjuga a finalidade de outorgar *status* jurídico-constitucional material, obstando a disponibilidade do direito tanto para o Estado quanto para

---

[136] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1162.

[137] PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional* cit.

[138] Ibidem, p. 735.

o indivíduo e para a sociedade. Críticas ressoam ao aspecto objetivo no sentido de que a definição do conteúdo e modo de exercícios ficariam apenas nas mãos do legislador ou a cargo de um tribunal de jurisdição constitucional, que realizaria o controle da atividade legislativa mediante o auxílio da proporcionalidade, portanto, permeado de subjetividade, abdicaria às mãos do legislador a definição.[139] O contraponto às críticas reside na compreensão de que a dimensão objetiva limita-se a criar deveres objetivos ou tarefas estatais sem exata correspondência a um direito subjetivo.[140]

Os primórdios da dimensão objetiva dos direitos fundamentais assentam-se no advento da Lei Fundamental de 1949 e na decisão paradigmática do caso Lüth proferida pela Corte Constitucional em 1958. Por este e outros casos sucessivos foi fixada a tese de que os direitos fundamentais não se restringem a posições jurídicas subjetivas de defesa do indivíduo em face de atos estatais, mas sim consistem em "decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos".[141]

A perspectiva objetiva irradia-se pela ordem jurídica mediante valores positivados ou princípios superiores que influenciam a produção normativa e criam deveres fundamentais para o Estado e para o próprio titular do direito. Consequentemente, deduz-se que as normas de direito fundamental são fonte de validade de um sistema jurídico, constitucionalizando todos os ramos jurídicos como espectros de sua promoção. Outra consequência subjacente é a subordinação também dos particulares à objetivação. Ao Estado toca o dever de efetivar os direitos mediante medidas jurídicas e fáticas adequadas. A consequência última decorrente do aspecto objetivo concerne à imposição de respeito pelo próprio titular do direito, desenhando limites a seu exercício, especialmente à hipótese de renúncia total ou parcial.

---

[139] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

[140] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

[141] Ibidem, p. 149. Confira-se também na mesma obra: "Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luno, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins direitos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, entendimento este, aliás, consagrado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol praticamente desde o início de sua profícua judicatura. Posta a questão em outros termos, os direitos fundamentais, desde a sua dimensão objetiva, operam, como bem averba Miguel Presno Linera, não propriamente como princípios e garantias nas relações entre indivíduos e Estado, mas transformam-se em princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional considerado em seu conjunto, na condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica".

Tem-se, pois, que a dimensão objetiva exprime os valores de uma sociedade positivados na Constituição. Imprescindível observar que a eficácia valorativa dos direitos fundamentais deve se atentar tanto para a ótica individual e sua posição perante o Estado quanto para o ângulo da sociedade em sua integralidade.

Essa constitucionalização acarreta um dever geral de obediência à concretização, vinculando o legislador,[142] Administração Pública e Judiciário (*eficácia dirigente*). Seguindo essa linha vinculante, institui-se um conteúdo mínimo do direito ou liberdade intangível pela atividade regulamentadora, ainda que a despeito de promover outro direito fundamental. Consoante a doutrina alemã, tratar-se-ia do núcleo ou conteúdo essencial.

A *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, por sua vez, implica o reconhecimento de bases e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional. Já a *eficácia horizontal*, na dimensão objetiva, reflete o sentido de que os direitos fundamentais irradiam efeitos também nas relações privadas, não só na relação Estado-indivíduo.

A concepção de que se atribui ao Estado um dever geral de efetivação conduz ao espelhamento de deveres de proteção correlatos, pelos quais o poder público deve zelar – também preventivamente – pela proteção dos indivíduos nas relações com o Estado, assim como nas relações entre particulares. A conclusão encontra guarida nos imperativos de tutela dos direitos fundamentais, decorrente do monopólio estatal da força.

Aportando a análise da dimensão subjetiva, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que, sob essa ótica, é permitida aos titulares de um direito fundamental a imposição judicial de seus interesses jurídicos tutelados perante o obrigado. Aduz que as variações de objeto do direito subjetivo vinculam-se aos fatores adiante enumerados: a) inexistência de uniformidade na garantia do espaço de liberdade individual; b) existência de diferentes graus de exigibilidade dos direitos individualmente considerados; c) direitos fundamentais constroem posições jurídicas complexas, ou seja, abarcam direitos, liberdades, pretensões e poderes diversos.[143]

---

[142] "É, por isto, que se fala dos direitos fundamentais como uma 'ordem objetiva e concreta de valores' que instruiriam o legislador, o juiz e a administração pública, nas suas respectivas tarefas constitucionais, de maneira a promovê-la adequadamente. Promover significa concretizar e regulamentar. Quando, especialmente, o legislador disciplina os direitos, ele tem de enfrentar os conflitos que podem aparecer, por exemplo, entre a liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Esses conflitos devem ser resolvidos mediante uma conciliação ou equilíbrio que não esvazie o direito ou a liberdade, por acaso, preterido" (SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 583).

[143] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

A dimensão subjetiva agrega o conhecimento da eficácia ou aspecto relacionado à esfera individual, referindo-se à titularidade dos direitos, atribuição de poderes individuais, coletivos ou de grupos. As possibilidades de exigência abertas ao cidadão condicionam-se à conformação concreta da norma subjacente. Decorre dessas premissas a conclusão de que o aspecto subjetivo se trata de posições estruturalmente diferenciadas que refletem no grau de exigibilidade ou justiciabilidade, podendo assumir intensidade variável e dependente de cada direito fundamental.

O jurista português J. J. Canotilho sustenta que um fundamento é subjetivo quando se reporta ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, seus interesses, sua situação de vida ou sua liberdade, ou seja, o parâmetro de análise repousa na relevância da norma para o indivíduo e seu desenvolvimento. Essa digressão acarreta uma primeira premissa no sentido de uma presunção a favor da dimensão subjetiva, de modo que os direitos são, à primeira vista, direitos individuais.[144]

Sarlet assevera que na perspectiva objetiva assenta-se uma "espécie de mais-valia" jurídica, significando as diversas categorias funcionais que, por obra da doutrina e jurisprudência, foram inseridas na dimensão objetiva dos direitos fundamentais.[145]

Apontamento derradeiro diz respeito à estrutura das normas de direito fundamental que veiculam direitos subjetivos ou valores objetivos, visto que assumem a estrutura de regra ou princípio, conforme exposto em outro momento.

2.7 Vinculação do Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais

O estudo da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais atravessa o tema da eficácia desses direitos. É também neste tópico que se estabelece a temática dos destinatários dos direitos fundamentais, ou seja, a abordagem daqueles que assumem a posição de sujeito passivo na relação jusfundamental.

Nessa vertente, fulguram-se duas modalidades de eficácia: a vertical e a horizontal. Trataremos em ato contínuo, com a ressalva de que, por delimitação metodológica, a eficácia horizontal será somente conceituada.

---

144 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 1.257.

145 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

A *eficácia vertical* lança olhar sobre a perspectiva de o indivíduo exigir diretamente do Estado a concretização de direitos fundamentais, de modo que é o poder público ocupante do polo passivo da relação jurídica, conformando-se em extensões diversas as funções legislativa, administrativa e judiciária. O ponto de interesse que se segue é destinado a concluir se a tarefa estatal foi cumprida a contento, ou seja, observando-se o arcabouço jurídico vigente. Critério advindo da jurisprudência alemã para auxiliar na resposta a esse questionamento alude ao princípio da proporcionalidade, tanto no sentido da proibição do excesso quanto na vedação de proteção insuficiente, a ser destrinchado em tópico adequado.

Ingo Wolfgang Sarlet realça a dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais, a saber, a obrigação extensiva a todos os órgãos estatais e a todas as funções estatais, ressalvando-se injustificadas ingerências de um poder ou função sobre outra, em clara alusão ao princípio da separação dos poderes.[146]

A vinculação do legislador aos direitos fundamentais consiste na noção de que maior relevo é conferido aos valores intangíveis dispostos na Constituição, atribuindo maior conformação das leis na medida dos direitos fundamentais, e não o contrário. A despeito dessa consideração, a opção metodológica é, em pequena monta, contrária, conforme se pretende demonstrar na inteireza deste trabalho, cujas razões, em suma, salientam-se neste momento para efeito de registro e são extraídas do estudo analítico da Constituição, da teoria dos direitos fundamentais, especialmente quanto à delimitação das condições fáticas e jurídicas para aplicação da regra da proporcionalidade e do princípio da deferência administrativa e da boa administração.

Ressalte-se que é reconhecida pela doutrina a possibilidade de o legislador estabelecer restrições aos direitos fundamentais sempre de acordo com as diretrizes constitucionais, o que se defende nesta pesquisa.

Canotilho aborda a vinculação do legislador sob a ótica do sentido proibitivo e no sentido positivo. Na dimensão proibitiva, é vedado ao legislador editar atos contrários às normas constitucionais, sobressaindo a observância do princípio da constitucionalidade. Por

---

[146] "Nesse sentido, é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, se de acordo com um critério formal e institucional os detentores de um poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os Poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 385).

seu turno, no sentido positivo, o legislador tem o dever de conformar "as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos, segundo medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias".[147] Sustenta o português que "o legislador deve realizar os direitos, liberdades e garantias, optimizando a sua normatividade e actualidade".[148]

Há direitos, garantias e liberdades que independem de regulação legal, outros, ao contrário, não prescindem de dimensões institucionais, procedimentais e organizatórias editadas pelo legislador. Dessarte, cumpre ao legislador, atentando-se para a dimensão objetiva, isto é, valorativa dos direitos fundamentais, a partir dos princípios informadores da ordem jurídica, "incorporar e mediatizar ao regular diferentes relações jurídicas".[149]

No âmbito da administração, os direitos fundamentais aliam os órgãos administrativos na gama de manifestações e atividades, visto que guiados para alcançar o interesse público como gestores da coletividade. Vigora nesse mister o princípio da constitucionalidade imediata da Administração, pelo qual esta, no exercício de sua competência, encontra-se adstrita à execução de lei constitucional e de forma constitucional, ou seja, interpretar e aplicar a lei de acordo com os direitos, liberdades e garantias.

Considerando a limitação metodológica deste trabalho, não nos aprofundaremos na problemática do cumprimento de leis inconstitucionais pela Administração Pública, que sobressai da divergência entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade.

No exercício da competência discricionária, a Administração se submete à ponderação dos direitos, liberdades e garantias pertinentes para solucionar o caso concreto. Na lição de Canotilho,[150] "os direitos, liberdades e garantias constituem, desde logo, medidas de valoração decisivas quando a administração tem de densificar conceitos indeterminados". No esteio de Celso Antônio Bandeira de Mello[151], "quando a lei regular discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal".

---

147 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 440.

148 Ibidem, p. 440.

149 Ibidem, p. 441.

150 Ibidem, p. 446.

151 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 32.

A eficácia dirigente dos direitos fundamentais condiciona ainda os atos de governo próprios do exercício da função política ou governamental.

O Judiciário está vinculado não apenas pela defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos do indivíduo, mas também como órgão público que deve observar as diretrizes dispostas pelos direitos fundamentais. Essa vinculação se opera por meio do processo justo de observação no exercício da jurisdição ou mediante provimentos jurisdicionais pelos direitos fundamentais.

O processo justo resulta do entendimento constitucional referenciado dos direitos processual e organizatório dos tribunais.

> Os direitos fundamentais, por um lado, e a organização e procedimento, por outro, desenvolvem uma eficácia recíproca: a organização e o procedimento devem ser compreendidos à luz dos direitos fundamentais; estes, por sua vez, influenciam a organização e o procedimento.[152]

Em outra vertente, a vinculação ocorre por meio dos atos jurisdicionais. Canotilho evidencia três questões relevantes decorrentes dessa conclusão: a) o âmbito de fiscalização judicial nas hipóteses de desconformidade da lei com normas constitucionais de direitos, liberdade e garantias; b) a eficácia vinculante das decisões do Tribunal Constitucional em face dos demais tribunais; c) a delimitação de competência e definição de poderes de cognição entre o Tribunal e os demais.[153] Este trabalho, por recorte metodológico, cinge-se, com as demais questões abordadas ao longo da pesquisa, à primeira opção.

A *eficácia horizontal*, também denominada eficácia privada, irradia-se no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Essa eficácia é explicada consoante a teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria da eficácia indireta ou mediata. Na primeira hipótese, tem-se que os direitos fundamentais aplicam-se diretamente às relações entre particulares, prescindindo de leis mediadoras, ao passo que, na última, a aplicação a relações entre particulares ocorre por meio de interpretação ou integração das cláusulas gerais e conceitos determinados presentes nas regras do direito privado.[154]

---

[152] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 446.

[153] Ibidem, p. 447.

[154] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 554.

2.8 Titulares dos direitos fundamentais

Neste tópico, ocupar-nos-emos de estudar os titulares dos direitos e garantias fundamentais. Os termos titular e destinatários serão manejados de forma discriminada, a despeito de sua extensa difusão no meio jurídico brasileiro. Destacamos, no entanto, o pertinente alerta feito por Ingo Wolfgang Sarlet,[155] que se transcreve:

> Titular do direito, notadamente, na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito.

Opção metodológica traçada neste trabalho implica concordar com a divisão defendida por Sarlet. Por suposto, o tema dos destinatários é desenvolvido no tópico atinente à vinculação dos poderes da República aos direitos fundamentais, também compreendida como eficácia vertical dos direitos fundamentais.

O jurista também adverte para a tendência de superação da distinção entre capacidade de gozo e capacidade de exercício de direitos, "a primeira identificada com a titularidade, pois como dá conta a lição de Jorge Miranda, a titularidade de um direito (portanto a condição de sujeito de direitos fundamentais) abrange sempre a correspondente capacidade de exercício".[156]

A titularidade dos direitos e garantias fundamentais carrega consigo a ideia do indivíduo, a pessoa, o homem, como centro dos direitos.

Nessa toada, o estudo da titularidade dos direitos fundamentais vindica o exame do princípio da universalidade. A despeito de o princípio não se encontrar expresso no Título II da Constituição da República, relativo aos direitos e garantias fundamentais, é certo que, em matéria de seguridade social e, por decorrência, de saúde, objeto deste trabalho, há clara indicação nos artigos 194 e 196.[157]

---

155 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 215.

156 Ibidem, p. 215.

157 "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Em atenção à relevância da compreensão do princípio da universalidade para o desenvolvimento do tema proposto, optamos por enunciar o conceito de renomados juristas.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:[158]

> De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição.

Ao discorrer sobre o princípio da universalidade na Constituição portuguesa, Canotilho[159] assevera que "os direitos fundamentais são direitos de todos, são direitos humanos e não apenas dos cidadãos portugueses, a não ser quando a constituição ou a lei (com autorização constitucional) estabeleça uma reserva dos direitos para os nacionais ou cidadãos portugueses".

José Adércio Leite Sampaio evidencia a distinção feita pela doutrina brasileira quanto à universalidade em sentido objetivo e universalidade em sentido subjetivo. A universalidade objetiva corresponde à proeminência das variáveis tempo e espaço. Nesse sentido, não se enquadra a noção de que universal seria algo uniforme e perene, mas sim direitos considerados essenciais que variam em tempo e escala a depender das necessidades coletivas. Por outra via, a universalidade subjetiva focaliza a indistinção de nascença, sexo, cultura, fortuna, cor, raça, religião ou ideologia, aplicando-se, pois, a todas as pessoas independentemente de distorções culturais e econômicas.[160]

2.9 Direitos fundamentais como direitos subjetivos

Robert Alexy salienta que concluir se uma norma confere ou não direito subjetivo a um indivíduo é um problema normativo que surge quando o texto normativo ostenta abertura tal que há a previsão para o Estado agir em determinado sentido, mas carece de certeza se o sujeito teria direitos à realização dessa ação estatal.[161] O auxílio chega quando se confronta o conceito de norma e posição, entendendo-se como norma aquilo que um enunciado normativo expressa.[162] Nesse contexto, o jurista alemão propõe um modelo de direitos subjetivos em três

---

158 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 217.

159 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 416.

160 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 554.

161 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

162 O conceito é de Robert Alexy.

níveis: a) razões para direitos subjetivos; b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas; c) exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos.[163] Não aprofundaremos no exame de cada nível em virtude da delimitação do objeto de pesquisa, reservando-nos a discorrer apenas sobre implicações diretas para o desenvolvimento do tema.

Entendendo os direitos como posições jurídicas, Alexy defende que direitos a algo, liberdades e competências sejam compreendidos como direitos. O direito a algo corresponde sempre a uma ação do destinatário, implicando uma relação triádica entre o portador ou titular do direito, o destinatário do direito e o objeto do direito, ostentando, pois, um caráter relacional. Os direitos a ações negativas condizem com os direitos de defesa, ao passo que os direitos à ação positiva do Estado combinam parcialmente com direitos a prestações. É visto em tópico próprio que os direitos de defesa ou direitos a ações negativas são compostos pelos: a) direitos ao não embaraço de ações; b) direitos à não afetação de características e situações; c) direitos à não eliminação de posições jurídicas. Naquilo que toca às ações positivas, ressaltam-se as ações estatais voltadas para uma ação fática e para uma ação normativa. Os direitos a prestações podem assumir o sentido estrito, quando relacionados às prestações fáticas ou materiais, e amplo, quando incluírem direitos a ações positivas normativas.[164]

A liberdade como posição jurídica e, portanto, direito pode ser examinada sob o aspecto amplo do conceito de liberdade, mas também do conceito advindo de sua constituição ou de permissão jurídica. No conceito amplo, verifica-se a liberdade em si e sua estrutura a partir de três questões essenciais: a) pessoa que não é livre; b) o obstáculo a que está submetida; c) aquilo que o obstáculo impede ou embaraça. Por conseguinte, extrai-se uma distinção quanto ao objeto da liberdade se constituir em uma *alternativa de ação* ou *somente uma ação*. Dessarte, têm-se um conceito positivo e um conceito negativo de liberdade. No conceito positivo, quando a liberdade corresponde a fazer o que for imperativo ou razoável, remete-se a apenas uma ação. De outro modo, constando-se uma alternativa de ação, estamos diante do conceito negativo de liberdade.[165-166]

---

[163] A análise é feita na obra de: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

[164] Ibidem.

[165] Ibidem.

[166] "Uma liberdade negativa em sentido estrito deriva da relação triádica de liberdade quando o objeto da liberdade são alternativas de ação e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadoras de terceiros, sobretudo do Estado" (Ibidem, p. 223).

No escopo dos direitos fundamentais, no tocante à proteção negativa, os direitos de defesa se referem a direitos a ações negativas em face do Estado para escudar liberdades fundamentais. A proteção positiva reclama uma ação positiva para garantia de uma liberdade.

Por fim, ao lado dos direitos a algo e liberdades, encontra-se a competência ou poder jurídico, existente no direito público e no direito privado, significando a criação de normas individuais ou gerais, "as quais sem essa ação não seriam válidas; mas ela pode ser também descrita como alteração das posições jurídicas dos sujeitos de direito submetidos à norma".[167]

As ações institucionais são aquelas que fundamentam, a partir de regras constitutivas, o exercício de uma competência, diferentemente de meras ações que modificam situações jurídicas. Normas de competência produzem atos jurídicos e, por consequência, a capacidade de alterar posições jurídicas. O descumprimento de uma norma de competência acarreta a nulidade ou a deficiência do ato, e não a ilegalidade.

Robert Alexy, por fim, propõe o reconhecimento de um direito fundamental completo como um feixe de posições jurídicas definitivas e, *prima facie*, relacionadas entre si por meio de uma relação de especificação, uma relação meio-fim e uma relação de sopesamento, e atribuídas a uma disposição de direito fundamental. A relação de especificação diz respeito à liberdade jurídica de se fazer tudo para atingir a verdade e a escolha do núcleo do problema e da metodologia científica. A relação meio-fim é dedutível. Por fim, a relação de sopesamento sobressai-se na lei de colisão, pela qual se infere uma relação entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva.[168]

2.10 Funções dos direitos fundamentais

Canotilho anuncia as funções dos direitos fundamentais em quatro hipóteses. As considerações colacionadas neste tópico sintetizam o pensamento do respeitável jurista português.[169]

De proêmio, a função de defesa ou de liberdade conduz à defesa da pessoa humana e de sua dignidade em face dos poderes do Estado, em dupla vertente, quais sejam, em sentido objetivo, a existência de normas de competência negativa pelas quais é vedada aos poderes públicos a ingerência na esfera jurídica do cidadão, e, em sentido positivo, o poder de exercício

---

[167] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 236.
[168] Ibidem, p. 252.
[169] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.

dos direitos fundamentais (liberdades positivas) e de clamar por abstenção do poder público (liberdades negativas).

A função de prestação social indica o poder de demandar algo do Estado; são exigíveis prestações de saúde, educação, segurança social, entre outras. Três questões da problemática dos direitos econômicos, sociais e culturais decorrem desse enunciado. As primeiras são atinentes aos direitos sociais originários e direitos sociais derivados, ou seja, naqueles quanto à exigibilidade de pretensões prestacionais diretamente do Texto Constitucional e, nos últimos, a exigibilidade de uma atuação legislativa efetiva para concreção dos direitos sociais. A terceira questão concerne à vinculação dos poderes públicos a políticas sociais ativas. Em campo próprio destinado à saúde como direito social será desenvolvida a discussão.

Na função de proteção perante terceiros, o Estado ostenta o dever de assegurar os direitos fundamentais do indivíduo perante terceiros. Nesse ponto, a relação é estabelecida entre o indivíduo e outros indivíduos, e não entre o titular do direito fundamental e o Estado, como sói acontecer na função prestacional.

Por fim, a função de não discriminação cauciona o dever do Estado de tratar os indivíduos de forma fundamentalmente igual, ampliando o acesso e o gozo dos direitos a prestação.

2.11 Da classificação dos direitos fundamentais em gerações

A classificação dos direitos fundamentais sedimentada em gerações tem sua origem em uma concepção historicista dos direitos humanos, levando em consideração contextos e situações sociais, econômicas e políticas. Eis a razão para surgirem como gerações sucessivas. Não obstante, hodiernamente é consenso de que coexistem na época contemporânea, a depender do regime adotado em cada sociedade.

Os direitos de primeira geração nascem com as primeiras de declarações de direitos, tais como a *Magna Charta Libertatum* de 1215, apontada como o primeiro documento a permitir a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem.[170] Nesse ícone, englobam-se os direitos civis ou liberdades individuais e direitos políticos.

De acordo com José Adércio Leite Sampaio, o Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, agregando-se o dever de conferir instrumentos de tutela, como

[170] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 382.

polícia, judiciário e organização do processo. Trata-se de direitos tutelados por indivíduos, exercidos individualmente. Conceitua os direitos civis como aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral e, bem assim, de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um.[171]

Os direitos políticos coincidem com o *status activus* proposto por Jellinek. Sua principal expressão está no direito de votar e ser votado, além de reunir prerrogativas ligadas aos direitos cívicos dos romanos, como exercer emprego público ou a função de jurado ou testemunha. Internacionalmente, os direitos políticos são listados nos artigos 2 e 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos.[172]

Os direitos de segunda geração, como dever imposto ao Estado, correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais. O primeiro documento de referência é a Constituição francesa de 1791. Seguem-se a Declaração de Direitos francesa de 1793, a Constituição francesa de 1848, a Constituição brasileira de 1824. É com a promulgação da Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919 que esses direitos assumem maior clareza em sua definição. Resultam de uma superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais do fim do século XIX e início do século XX, em razão da crise das relações sociais delineadas pelos modos liberais de produção, novas formas da revolução industrial e organização do movimento da classe trabalhadora com fundamento nos ideais marxistas e Revolução Russa.[173]

O Estado tem o dever de promover os direitos de segunda geração, criando e ampliando serviços públicos. O papel da igualdade nesse cenário é abrir os olhos para as diferenças dos seres humanos, resguardando os direitos para grupos marginalizados.

José Adércio Leite Sampaio chama atenção para a distinção de direitos integrantes da categoria direitos sociais. Sob essa nomenclatura repousam os direitos sociais propriamente

---

171 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 569.

172 "Artigo 2. 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. Artigo 21. 1. Todo ser humano tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; essa vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto."

173 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit.

ditos, os direitos econômicos e os direitos culturais. Os direitos sociais propriamente ditos são aqueles necessários para a participação plena na vida da sociedade, como direito à educação, instituir e manter família, direito ao lazer, direito à não discriminação. Direitos econômicos dedicam-se a garantir um nível mínimo de vida e a segurança material, tais como direitos trabalhistas, securitários, à alimentação, à moradia. Por último, os direitos culturais consagram-se à proteção da riqueza cultural das comunidades.[174]

No âmbito internacional, os direitos sociais estão dispostos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos.

A terceira geração apresenta um caráter mais coletivo, abarcando os chamados direitos dos povos ou direitos de solidariedade, direitos de cooperação, de fraternidade ou direitos humanos morais e espirituais.[175]

Direitos de solidariedade resultam do quadro de exploração dos países industrializados em face de país em desenvolvimento, assim como do quadro de opressão operante no próprio sistema interno do país subjugador. A fraternidade sustenta a noção de que os humanos decorrem de única espécie interligados por uma herança cultural e espiritual, devendo partilhar os benefícios tecnológicos alcançados; incluem também o acesso igualitário aos meios de informação e os direitos à comunicação. José Adércio defende que fraternidade e solidariedade se fundam em um tipo de "geogovernança humana", uma espécie de democracia transnacional, atendendo aos interesses de todas as pessoas em todos os lugares para uma vida digna e respeitada.[176]

A despeito de divergências quanto aos direitos de quarta e quinta gerações, optamos por mencioná-los para registro pedagógico.

Os direitos de quarta geração, para uns, incluiriam os direitos coletivos ou solidários, por exemplo, paz, meio ambiente saudável, proteção indígena; designariam os direitos voltados para a garantia de vida permanente e saudável na Terra. Outra vertente reconhece nessa nomenclatura avanços da ciência e biotecnologia, especialmente seus limites e restrições. Há ainda os que enumeram os direitos de efetiva participação do cidadão para alargamento das

---

[174] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 571.
[175] Ibidem.
[176] Ibidem, p. 573.

fronteiras democráticas ou também a revolução da tecnologia da informação ou o tempo dos direitos das mulheres.[177]

Por fim, a quinta geração albergaria direitos não propriamente definidos, porém ligados ao respeito e preservação de todas as formas de vida.

2.12 Direitos fundamentais e a teoria do *status* de Jellinek

A teoria do *status* de Jellinek tem relevância para a categorização ou classificação dos direitos fundamentais e, por essa razão, será abordada, com limitações, para conjugação dos temas tratados neste estudo. De antemão, saliente-se que, embora Robert Alexy reconheça a importância histórica como exemplo de grande construção jurídica, conceitual e teórica, expõe críticas bem arquitetadas a seu teor, que fogem ao escopo deste estudo.[178]

Status nessa teoria corresponde a uma relação do indivíduo com o Estado; trata-se de uma situação que se distingue de um direito. A partir dessa concepção, delineiam-se quatro relações de *status*: a) *status* passivo; b) *status* negativo; c) *status* positivo; d) *status* ativo.

Tem-se como *status* passivo quando o indivíduo se encontra em posição de subordinação diante do Estado, ou seja, é detentor de deveres. Essa relação de sujeição ocorre na esfera das obrigações individuais da pessoa.

Na expressão de um espaço de liberdade do indivíduo a ser respeitado pelo Estado, configura-se o *status* negativo, o qual seria composto tão só por faculdades, entendendo-se como tais liberdade jurídica não protegida.

Paralelamente, o direito de o indivíduo exigir do Estado uma prestação em seu benefício formata o *status* positivo. Erigem-se meios jurídicos para sobrevirem prestações jurídicas positivas.

Tanto o *status* negativo quanto o *status* positivo podem ser repartidos no sentido amplo e no estrito. Como *status* negativo estrito, inserem-se as liberdades jurídicas não protegidas, ao passo que no sentido amplo refere-se a direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa). Quanto ao *status* positivo em sentido estrito, estão incluídos os direitos a ações positivas; em sentido amplo, englobam-se ações positivas e negativas.

---

[177] Os precursores das teses mencionadas são citados em: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit.

[178] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

Por fim, qualifica-se como *status* ativo a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado; trata-se da investidura de competência para o exercício da cidadania.

2.13 Dos direitos decorrentes das ações estatais negativas e positivas

A teoria do *status* conduziu o estudo a um degrau seguinte em que se delineiam os direitos a partir das ações estatais, refletindo na classificação consistente em direitos de defesa, direitos a prestações – em sentido amplo e em sentido estrito – e direitos de participação, sobre os quais passaremos em revista, não obstante haja cisões quanto aos critérios.

2.13.1 Direitos de participação

Os direitos de participação correspondem aos direitos que estimulam e protegem a participação de cada indivíduo na vida política da sociedade.

2.13.2 Direitos de defesa

Comumente, dissemina-se a ideia de que os direitos de defesa implicam uma abstenção do Estado, um *non facere,* o que não é consenso.

É certo que se caracterizam por imporem ao Estado um dever de não interferir na esfera jurídica do indivíduo, e talvez o maior expoente dessa espécie seja o direito de liberdade. Defende-se que ao Estado é vedado turbar a autodeterminação do indivíduo, e esse dever de abstenção reflete ainda na proteção de bens jurídicos contra ações estatais, na não intromissão em posições jurídicas. Não obstante, dessume-se que, em certas circunstâncias, a fim de garantir a esfera de liberdade individual, o Estado deve agir positivamente para tanto. A título ilustrativo, Robert Alexy classifica esses direitos como direitos à proteção, incluindo-os no campo dos direitos à prestação em sentido amplo. Salienta o jurista alemão que "direitos a proteção e direitos de defesa foram contrapostos porque os primeiros são direitos a ações positivas, e os segundos, a ações negativas".[179]

[179] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 456.

2.13.3 Direitos à prestação

Sob essa tipologia, agrega-se o dever do Estado de agir positivamente para resguardar direitos e interesses dos cidadãos, minorando desigualdades. A ação estatal é imperiosa para ampliar o campo jurídico individual, satisfazendo necessidades e majorando o bem-estar social. Compele-se o exercício das competências pelas autoridades no sentido de proporcionar condições materiais e jurídicas para que o cidadão alcance o máximo de liberdade. Configura-se uma relação jurídica em que, de um lado, repousa o direito prestacional e, de outro, uma obrigação de fazer ou dar.

Segundo Alexy, os direitos à prestação em sentido amplo englobam: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e procedimento; c) direitos em sentido restrito.[180]

Os direitos à prestação em sentido amplo reportam-se à garantia de liberdade e igualdade em um Estado de Direito. Os direitos à prestação em sentido estrito, isto é, direitos a prestações materiais sociais, exprimem a vinculação às funções sociais do Estado social.

Nos **direitos à proteção**, o Estado deve agir positivamente para proteger a esfera jurídica de alguém em face de intervenções de terceiros.[181] Seu objeto se circunscreve à completude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Sarlet destaca que um dever de proteção pelo poder público somente pode ser reconhecido quando a ameaça aos direitos fundamentais for irreparável ou quando a evolução por ela deflagrada for incontrolável. Também ressalta a imperiosa análise sobre a necessidade de proteção do direito fundamental e da efetiva ameaça, bem como do exame da conduta do Estado, isto é, se vem cumprindo ou não, de forma suficiente, com a imposição constitucional.[182]

---

[180] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit

[181] Ibidem.

[182] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 199. Confira ainda: "A despeito da necessária (e, de resto, constitucionalmente exigida!) cautela no que diz respeito ao reconhecimento de posições subjetivas no âmbito da dimensão subjetiva dos deveres de proteção, ou seja, no contexto de um direito à proteção, que resulta e direitos subjetivos a ações estatais da mais diversa natureza, é possível perceber que o leque de posições subjetivas abrange não apenas medidas de cunho normativo (prestações normativa), mas abarca medidas de natureza fática (prestações de cunho material). Assim, são também variáveis as dificuldades que se apresentam no campo da exigibilidade própria da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, na condição de direitos subjetivos a algo, no caso, a medidas de cunho tutelar. Com efeito, se na esfera das prestações fáticas, como, por exemplo, ocorre com a alocação de recursos para aparelhamento das forças policiais ou para investimentos na estrutura judiciária, os problemas são, em geral, os mesmos que incidem no campo dos direitos a prestações sociais (embora os direitos à proteção, em geral, não se confundam com os direitos a prestações sociais propriamente ditos, como se verá mais adiante), há que atentar para as peculiaridades dos assim chamados direitos subjetivos à legislação, ou seja, a possibilidade de invocar, pela via judicial, a edição de atos normativos por parte do legislador ou mesmo por parte no âmbito do poder regulamentar, dos órgãos de administração

Os *direitos à organização e procedimento* destacam-se por meio de *prestações de natureza jurídica* que impelem o Estado a estabelecer bases normativas para proteção do bem jurídico tutelado. A edição de normas vincula-se ao dever de interpretá-las com foco na teoria dos direitos fundamentais que lhes serve de supedâneo. Para Paulo Gustavo Gonet Branco, é reconhecida certa margem de discricionariedade ao Estado na conformação dos direitos de natureza normativa, sendo certo também que o conteúdo das normas a serem editadas insere-se no âmbito de discricionariedade política do Poder Legislativo.[183] Sarlet enfatiza a íntima relação e influência recíproca entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais. Sobressai a ideia de que direitos fundamentais são dependentes, em alguns pontos, da organização e do procedimento, ao passo que também podem servir de parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e procedimentais, bem como de diretriz para a aplicação e interpretação de normas procedimentais.[184]

Por sua vez, os *direitos a prestação em sentido estrito* correspondem aos direitos a prestações materiais, que são ainda reconhecidos como os *direitos sociais*. Seu núcleo cinge-se a uma utilidade concreta com o objetivo de minorar desigualdades e promover efetiva liberdade ao maior número de cidadãos. Essa espécie de direitos a prestação será mais bem desenvolvida em capítulo próprio a fim de aprofundar o exame dos direitos sociais.

Direitos à prestação podem ser veiculados por normas de distintas densidades normativas. Nessa senda, podem se articular como *direitos originários à prestação e direitos não originários ou direitos derivados*, desenvolvidos em tópico específico.

2.14 Direitos originários à prestação e direitos não originários ou direitos derivados

Examinando-se os direitos originários, infere-se que a alta densidade normativa alcança a conclusão de que seu conteúdo é dotado de elementos suficientes para produzir os principais efeitos, prescindindo da atuação legislativa. Compulsando o Texto Constitucional, no entanto,

---

pública. Nesse particular, assumem relevo os convencionais desafios ligados ao controle de omissões normativas (embora a omissão, ainda que de forma distinta, também seja relevante no campo das prestações materiais) e da responsabilidade do Estado por tais omissões, aspecto que segue desafiando a dogmática jurídico-constitucional e tem encontrado uma gama diversificada de alternativas relevantes em termos de possibilidades de uma efetiva concretização" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 200).

183 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 336.

184 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

nota-se que parte significativa dos direitos enunciados fia-se na intermediação do legislador, portanto em direitos derivados.

Os direitos a prestações materiais relacionam-se com a grandeza econômica da sociedade em que a constituição é aplicada. Ao legislador cabe definir, de acordo com a disponibilidade financeira do Estado, quais e em que medida os direitos serão ofertados. É neste ponto que toma assento a teoria da *reserva do possível*. O ponto nodal em mente é que tais direitos estão intimamente conectados com a distribuição de riquezas.

Há aqueles que advogam a tese de que não caberia ao Judiciário reconhecer direitos subjetivos de normas constitucionais que tratam de direitos não originários à prestação.[185] Há também nomes de peso que defendem um grau mínimo de efetividade dos direitos a prestações materiais ou um mínimo essencial.[186-187] Por ora, importa esclarecer os critérios que norteiam a classificação entre direitos originários e não originários a prestações.

Segundo Canotilho, direitos originários a prestações configuram-se quando:

> (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.[188]

De acordo com o jurista português, os direitos sociais são tipicamente direitos originários a prestações. Não obstante, refuta o argumento de que a necessidade de intervenção legislativa para a garantia de proteção obstaria a configuração dos direitos sociais como direitos. Canotilho defende a existência de direitos *self-executing* e de direitos a prestações dependentes de atividade legislativa. A classificação dos direitos sociais como direitos originários perpassa pelo problema da efetivação. Há no Texto Constitucional não um *apelo* ao legislador, mas verdadeira *imposição constitucional,* legitimadora da concretização desses direitos.[189]

---

[185] "A satisfação desses direitos é, pois, deixada, no regime democrático, principalmente, ao descortino do legislador. Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários a prestação. O direito subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas-tarefa própria de órgão político, e não judicial. [...] Esses direitos, repita-se, não podem ser determinados pelos juízes quanto aos seus pressupostos e à extensão do seu conteúdo. Para que se determinem como direitos é necessária uma atuação legislativa que defina o seu conteúdo concreto" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., p. 338).

[186] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.

[187] STF, RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.10.2005, *DJe* 08.011.2005.

[188] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 477.

[189] Ibidem.

Paralelamente, os direitos derivados a prestações conceituam-se como o direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.[190] Incumbe ao poder público disponibilizar aos cidadãos prestações diversas para satisfação de suas necessidades sociais:

> À medida que o Estado vai concretizando as suas responsabilidades no sentido de assegurar prestações existenciais dos cidadãos (é o fenómeno que a doutrina alemã designa por *Daseinsvorsorge*), resulta, de forma imediata, para os cidadãos: (1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (ex.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização de vias e transportes públicos); (2) o direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direitos de quota-parte às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez).[191]

Ao garantir a densificação de direitos fundamentais, fica vedado ao poder público eliminar ou reduzir a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais sem a disponibilização de compensação alternativa para atendimento das respectivas demandas. Dessume-se, por consequência, a sedimentação da cláusula de vedação ao retrocesso social.

Ingo Wolfgang Sarlet, neutralizando as distinções terminológicas, assinala que os direitos a prestações vinculam-se a uma concepção sistêmica e complexa do ser humano quanto à sua posição no Estado e perante o Estado para garantir a proteção da igualdade e liberdade, que não podem ser limitadas por pressupostos jurídico-formais. Somente a igualdade de oportunidades e liberdade real da autonomia individual e efetiva participação na vontade estatal e recursos colocados à disposição da comunidade podem contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais.[192]

A omissão do poder público em levar a cabo as imposições constitucionais para efetivar direitos sociais implica o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão. Não obstante, Canotilho sublinha que as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais, econômicos e culturais se submetem ao crivo da interpretação das disposições legais em consonância com a constituição social, econômica e cultural.[193]

---

[190] O conceito é de Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição* cit.).

[191] Ibidem, p. 478.

[192] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

[193] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 478.

2.15 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais

O estudo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais clama pela conceituação do que se entende por suporte fático em sentido amplo e em sentido restrito. Iniciaremos pelo conceito daquilo que se compreende por suporte fático, que pode ser abstrato ou concreto. Segundo Virgílio Afonso da Silva, suporte fático abstrato "é o formado por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica", ao passo que o suporte fático concreto pressupõe "a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou".[194]

Por conseguinte, o suposto fático é composto por dois elementos: a) o âmbito de proteção do direito fundamental; b) a intervenção estatal. Virgílio Afonso da Silva inclui ainda um terceiro elemento, qual seja, a ausência de fundamentação constitucional.[195]

O mencionado jurista defende a revisão do suporte fático na hipótese dos direitos à prestação, especialmente no tocante aos direitos sociais, haja vista que, na espécie, ocorre uma falta de realização dos direitos decorrente de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente. Proteger direitos no âmbito dos direitos sociais significa efetivar direitos. A intervenção estatal nessa esfera consiste exatamente no "não agir" ou "agir de forma insuficiente". Por essa razão, conclui Virgílio que a fundamentação constitucional aqui pressupõe uma omissão ou ação insuficiente, nunca uma ação. Preenchido o suporte fático dos direitos sociais, a consequência jurídica será o direito definitivo à realização da ação.[196]

Postas tais premissas, passaremos ao exame do suporte fático amplo e suporte fático restrito.

Na hipótese do suporte fático restrito, a Constituição exclui de antemão a conduta, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção do direito fundamental, rechaçando-se a ideia de conflito entre direitos ou valores. Quer dizer, o preceito constitucional não socorre certas formas de exercício do direito fundamental; há, de fato, exclusão da esfera normativa pelo próprio Texto Constitucional.

---

[194] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit., p. 67.

[195] Ibidem. Confira-se ainda: "Tanto aquilo que é protegido (*âmbito de proteção)* como aquilo contra o qual é protegido (*intervenção,* em geral estatal) fazem parte do suporte fático dos direitos fundamentais" (Ibidem, p. 71).

[196] Ibidem.

Para Gilmar Mendes, a definição do âmbito de proteção depende de interpretação sistemática de outros direitos e disposições constitucionais, agregando-se a identificação do bem jurídico protegido e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma) e a verificação de possíveis restrições expressas na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva. O Ministro do Supremo Tribunal Federal realça, por conseguinte, a distinção entre regulação ou conformação, por um lado, e restrição, por outro[197-].[198]

Um dos principais expoentes da delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental é Friederich Müller, para quem essa delimitação implica reconhecer o que é protegido por cada direito fundamental e o que não o é, inexistindo colisão entre direitos fundamentais, ou seja, haveria aparente colisão. Müller afasta o uso do termo restrição, porque, em seu entendimento, significa algo externo aos direitos fundamentais, que não faz parte de seu conteúdo. A delimitação do âmbito de proteção, então, parte da interpretação do programa da norma, que se apresenta suficiente para definição do conteúdo e limites dos direitos fundamentais.[199] A especificidade do bem que se pretende tutelar norteia a percepção dos limites do conteúdo do direito fundamental.

Ao comentar sobre o cerne da teoria de Müller, Bernal Pulido, em tradução livre, retrata que o programa normativo consistiria no conjunto de dados linguísticos interpretados que emanam das disposições *jusfundamentais*, ao passo que o âmbito normativo é o conjunto de dados reais aludidos por esses dados linguísticos. O programa normativo decorre de argumentos linguísticos para a concreção das normas adscritas de direito fundamental; paralelamente, o âmbito normativo alude ao seguimento de realidade social, à matéria regulada por cada enunciado de direito fundamental.[200]

O exame exemplificativo da teoria de Friedrich Müller demonstra que as teorias que sustentam o suporte fático restrito sustentam-se na exclusão apriorística de condutas ou

---

197 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit.

198 "É que as normas legais relativas a esses institutos não se destinam, precipuamente, a estabelecer restrições. Elas cumprem antes relevante e indispensável função como normas de concretização ou de conformação desses direitos. Não raro, o constituinte confere ao legislador ordinário um amplo poder de conformação, permitindo que a lei concretize ou densifique determinada faculdade fundamental" (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit., p. 377).

199 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit.

200 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 568.

situações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, implicando aquilo que é definitivamente protegido.

Robert Alexy sustenta que o suporte fático amplo "é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção".[201]

O suporte fático amplo, por sua vez, permite definir o âmbito de proteção somente *prima facie*, porque dependente de variáveis das situações concretas e consequente sopesamento. Nessa perspectiva, forçoso reconhecer a conclusão a que chegou Virgílio Afonso da Silva sobre a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, assim como a ampliação na extensão do conceito de intervenção.[202] O modelo do jurista brasileiro propõe-se a solucionar o problema decorrente desse alargamento, ou seja, a colisão entre direitos e a restrição em situações concretas. Esta é a posição adotada nesta pesquisa.

2.16 Limites dos direitos fundamentais

A teoria dos limites dos direitos fundamentais cerca-se de infindáveis controvérsias doutrinárias. A primeira delas residiria na distinção entre restrição, limites e regulação (ou conformação ou delimitação), conforme exposto no tópico referente ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Neste tópico, ocupar-nos-emos de destrinchar, por óbvio, com corte metodológico, algumas das teorias e suas implicações, voltando-se a análise para os pontos de interesse para integração de assuntos desenvolvidos nesta pesquisa.

Duas correntes tomam assento nesse sentido, isto é, a teoria interna e a teoria externa, que surgem em outros ramos do direito, e não na dogmática dos direitos fundamentais, mas que se acoplaram à discussão do suporte fático com aceitabilidade.

Na **teoria interna**, entabula-se a noção de que o direito e seus limites são indissolúveis. Debates sobre restrições a direitos fundamentais, proporcionalidade, sopesamento ou abuso de direito são inconciliáveis com o cerne dessa teoria. Por teoria interna neste trabalho entende-se

---

[201] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 322.

[202] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit. Confira-se também: "[...] se a proteção definitiva de um direito fundamental depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito ou como restrição constitucionalmente aceita ou como violação constitucional, tanto mais tende a ser efetiva essa proteção quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e também do conceito de intervenção" (Ibidem, p. 111).

a reunião das conclusões de diversas teorias com semelhantes proposições, tais como a teoria dos limites imanentes e a teoria institucional.

Bernal Pulido assevera que a denominação correta para esse grupo de concepções seria "teorias de conteúdo reduzido dos direitos fundamentais", porém deixa de adotá-la para evitar a cacofonia advinda da expressão "conteúdo reduzido".[203]

Pela teoria interna, todo o conteúdo dos direitos fundamentais vincula o legislador, de modo que as posições jurídicas não podem ser afetadas por leis restritivas. Normas e posições adscritas a um direito fundamental têm uma validez definitiva, e não *prima facie.* Os únicos limites permitidos aos direitos fundamentais são os demarcados pela disposição que os tipifica.[204]

Em outro tópico, mencionamos a teoria de análise do âmbito normativo de Friedrich Müller. Neste momento, passaremos a expor, a título de enriquecimento acadêmico, sucintamente, a teoria de Otto Y Pardo e Habermas, com fulcro no levantamento de Bernal Pulido.[205]

De acordo com Otto Y Pardo, a determinação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais não corresponde a uma análise sobre a validez constitucional das restrições impostas pelo poder público, segundo o princípio da proporcionalidade, mas sim a um exercício de hermenêutica consistente em circunscrever dentro do programa o âmbito normativo do direito fundamental à posição jurídica restringida pela disposição legislativa para declaração de sua inconstitucionalidade.

Habermas discorda da noção de direitos fundamentais como valores e propõe que sejam entendidos como normas, portanto constituem-se como prescrições que vigoram em todos os casos concretos sem exceção. O jurista toma de empréstimo a teoria da norma adequada de Klaus Günther, segundo a qual a colisão entre direitos fundamentais deve ser dirimida por decisão do Tribunal com supedâneo na escolha da norma que melhor se amolde ao caso concreto.

Virgílio Afonso da Silva conclui que os direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna contêm a estrutura de regras, tendo em conta que a definição do conteúdo do direito é realizada previamente, afugentando a ideia de sopesamento, uma vez que o direito fundamental

---

[203] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 564.
[204] Ibidem, p. 564.
[205] Ibidem.

posto é definitivo. Portanto, o pressuposto central dessa teoria, isto é, a unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes, incorre sempre em um direito definitivo.[206]

Na teoria dos limites imanentes, a ação do legislador é demarcada por limites estabelecidos pela própria Constituição, reportando-se à necessidade de proteção do núcleo essencial do direito fundamental, quanto a aspectos de clareza, determinabilidade e generalidade das prescrições.

Na esteira da defesa de Virgílio Afonso, há de aceder à distinção entre a definição de limites, de um lado, e a imposição de restrições, de outro. Sobressai o binômio declarar/constituir nessa distinção, porquanto nas hipóteses de colisão constituir-se-ão novas restrições a direitos fundamentais, ao passo que, no caso dos limites imanentes, a interpretação constitucional apenas declara o limite previamente existente.[207]

A teoria institucional dos direitos fundamentais é sedimentada na concepção institucional destes. Häberle afirma que a instituição de direitos fundamentais é um processo que conjuga a atividade do legislador e os titulares de tais direitos, daí por que independe da vontade subjetiva de alguns indivíduos. Os direitos fundamentais são fruto da consciência de indeterminados indivíduos, transformando-se em "coisa social objetiva".[208]

Na *teoria externa*, admite-se a divisão entre um direito individual e a ideia de restrição, que subjaz uma relação necessária de compatibilização entre direitos individuais ou entre direitos individuais e bens coletivos. Dessarte, vislumbram-se dois objetos diversos, quais sejam, de um lado, o direito em si e, de outro, as restrições.

Assume Virgílio Afonso que somente a partir da teoria externa é possível sustentar o controle das restrições a direitos fundamentais com suporte na regra da proporcionalidade, porque é esse paradigma que sustenta que, independentemente da natureza das restrições, elas não têm o condão de influenciar o conteúdo do direito, apenas no caso concreto admitir-se-á a restrição do exercício.[209]

Por suposto, restrições são algo externo ao direito. Decorre do enunciado a conclusão de que há posições jurídicas *prima facie* e posições jurídicas definitivas. A colisão de direitos

---

[206] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit., p. 129.
[207] Ibidem, p. 132.
[208] Ibidem, p. 137.
[209] Ibidem, p. 138.

fundamentais importa acolher a necessidade de imposição de limites a esses direitos para restabelecer a convivência harmônica. Tais limitações são conhecidas como *limites dos limites*.

É assente na doutrina que os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição constitucional, como também por ato legislativo promulgado com fundamento na Constituição.[210] A primeira hipótese configura a restrição imediata, ao passo que a segunda pressupõe a restrição mediata ou indireta. Nesta última, coexistem duas espécies distintas: as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas.

Na reserva legal simples, a Constituição autoriza a intervenção legislativa sem qualquer exigência quanto ao conteúdo ou finalidade da lei, ou seja, prescinde de pressupostos ou objetivos específicos. A reserva legal qualificada, no entanto, reivindica determinado objetivo ou atendimento de requisito previsto constitucionalmente.

Refere-se ainda a restrições operadas por meio de lei, mas com autorização expressa da Constituição, cujo conceito é intuitivo. Gomes Canotilho pondera que os direitos sem restrições *ex constitutione* e sem reserva de lei restritiva não podem ser considerados direitos irrestritos ou irrestringíveis, porque sujeitos aos limites básicos decorrentes da ordem jurídico-constitucional, e, por fim, também podem ser conformados pelo legislador mediante princípios e procedimentos metódicos de leis restritivas.[211]

As leis restritivas clamam por indispensáveis requisitos consistentes na autorização de restrição expressa, lei formal, genérica e abstrata e, por último, a incidência do princípio da irretroatividade. Outros requisitos das leis restritivas consistem na aplicação da proporcionalidade e da intangibilidade de seu núcleo essencial, destrinchados na sequência.

2.17 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Nessa temática, propõe-se caminhar por teorias que intentam estabelecer critérios para sua compreensão.

Aportando-se na questão do ponto de vista do objeto perseguido, a teoria objetiva remete à definição do conteúdo essencial sob o aspecto objetivo ou comunitário, transindividual do direito fundamental, pelo qual se garante a norma *jusfundamental*, e não seu titular em concreto. Na perspectiva subjetiva, salvaguarda-se o direito subjetivo em face da interferência. A corrente

---

[210] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 411.

[211] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 450.

intermediária, também conhecida como objetivo-subjetiva, assevera que o aspecto objetivo deve ser preservado porque é de interesse comunitário a mantença de certos direitos, ainda que venha a tocar algum nível de essencialidade em um caso específico.[212]

As teorias absolutas do conteúdo essencial preconizam a ideia de um centro protegido por barreiras externas intransponíveis, independentemente da situação concreta. Na vertente do conteúdo essencial absoluto-dinâmico, reconhecida a fronteira intransponível, admite-se a modificação do núcleo com o transcurso do tempo. Por outra via, o conteúdo essencial absoluto-estático sustenta que o conteúdo do direito fundamental é intangível e imutável.[213]

Pela teoria espacial-absoluta do conteúdo essencial, os direitos fundamentais são lidos de modo estático sem qualquer interferência das mutações do tempo. Permite-se ao legislador atuar apenas nas zonas não essenciais do direito, nunca em seu núcleo. Nessa toada, defende-se a existência de dois subconjuntos: o núcleo, intangível pelo legislador, e o acidental, que pode ser modificado, restringido, incluído ou subtraído por decisões políticas.[214]

A teoria temporal-absoluta do conteúdo essencial preconiza que apenas o conteúdo essencial contém critério definidor da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, edificada no reconhecimento de que ditos direitos são criados pela Constituição, portanto preexistentes no momento de sua configuração ou delimitação legislativa, não podendo ser modificado por lei, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.[215]

Na teoria relativa, vincula-se a noção de conteúdo essencial e proporcionalidade, porque aquele significaria o resultado da ponderação ou ainda que a garantia do núcleo essencial ocorre quando observada a concordância prática entre os direitos envolvidos, segundo Hesse.[216]

A teoria mista do conteúdo essencial conjuga o enunciado da teoria espacial-absoluta, agregando o princípio da proporcionalidade como critério para definição da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Dessarte, os direitos fundamentais dividem-se entre seu núcleo e espaço periférico. As modificações na periferia somente se justificariam pela aplicação da proporcionalidade.[217]

---

[212] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit., p. 706.
[213] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.
[214] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.
[215] Ibidem.
[216] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit., p. 197.
[217] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.

Bernal Pulido destaca a incompatibilidade entre a ideia de intangibilidade do núcleo de um direito e a ponderação, para quem ponderação e proporcionalidade são conceitos contraditórios com a compreensão da existência de um núcleo essencial nos termos ditados pela teoria absoluta. A harmonização entre a noção de conteúdo essencial e proporcionalidade é admitida em uma mesma estrutura teórica tão somente se se entender que o primeiro decorre do segundo, ou seja, que o conteúdo essencial resulta da aplicação da proporcionalidade.[218] Trata-se da posição assumida neste trabalho.

Conforme se pretende demonstrar em tópico próprio, a igualdade e a dignidade da pessoa assumem o papel de balizamento na aplicação da técnica da proporcionalidade. Por ora, este ponto se limitará à exposição do que a doutrina entende por conteúdo essencial.

2.18 Da proporcionalidade como proibição de excesso

Cumpre-nos relembrar que primitivamente o princípio da proporcionalidade se conectava com a limitação do poder administrativo, constituindo uma medida para as restrições administrativas da liberdade do indivíduo, definido, pois, no direito administrativo como princípio geral do poder de polícia. Em tempo subsequente, assumiu um sentido amplo, sendo denominado como princípio da proibição de excesso. Hodiernamente, é consenso que diz respeito não só à proibição de excesso, mas também à proibição de proteção insuficiente. Divergências surgem quanto a seu fundamento, isto é, se decorrente do princípio do estado de direito ou da teoria dos direitos fundamentais.[219-220-221-222]

De nossa parte, em razão da dimensão contemporânea do princípio da separação de poderes em suas vertentes positiva e negativa e da teoria dos direitos fundamentais como corolários do estado constitucional levado a cabo pela ação da soberania popular, entendemos que a proporcionalidade se fundamenta tanto no princípio do estado de direito quanto na teoria dos direitos fundamentais, como se pretende demonstrar nesta pesquisa.

Como assinalado em outro momento, a proporcionalidade se apresenta como um dos "limites dos limites" dos direitos fundamentais.

---

[218] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.
[219] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.
[220] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.
[221] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.
[222] SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.

Em outro ponto deste trabalho, delineamos o conceito de princípios de Robert Alexy como mandados de otimização realizáveis em diferentes graus a depender não só das possibilidades fáticas, como também das jurídicas, campo este determinado pelos princípios e regras colidentes.

Alexy explica que, ao se referir à expressão mandado de otimização, leva em conta a existência de princípios colidentes. Caso fosse considerado apenas um princípio, a alusão às possibilidades jurídicas perderia seu significado e, nessa perspectiva, o mandado de otimização seria transformado em mandado de maximização, que se relacionaria apenas com as possibilidades fáticas. Por conseguinte, a menção isolada a apenas um princípio, ignorando sua relação com outros princípios, conduziria a uma contradição, significando que um princípio restringiria as possibilidades jurídicas de realização do outro.[223] Nessa senda, o jurista esclarece que a proporcionalidade em sentido estrito é decorrente da relativização, fruto da consideração das possibilidades jurídicas; quer dizer, os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, ao passo que as máximas de necessidade e adequação decorrem das possibilidades fáticas.[224]

Feito o registro, o jurista alemão propõe o reconhecimento de uma relação condicionada para a solução de colisão entre princípios, de modo que com base nas circunstâncias do caso concreto são estabelecidas condições, comumente denominadas de peso, sob as quais um princípio precede outro. A conclusão é sintetizada na lei de colisão: "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência".[225]

Na toada da lição de Bernal Pulido, a função que o princípio da proporcionalidade cumpre no controle constitucional das leis que intervêm nos direitos fundamentais consiste na estruturação da fundamentação de validades das normas *jusfundamentais*. Essa estruturação ocorre em cinco passos a partir dos quais são considerados argumentos materiais, analíticos, normativos e fáticos a favor ou contra a validade da norma: a) a atribuição *prima facie* de uma norma de direito fundamental; b) a verificação de que a lei examinada no controle de constitucionalidade constitui uma intervenção relevante no âmbito de disposição do direito fundamental; c) o exame de idoneidade da lei; d) o exame de necessidade da lei; e) o exame de

---

[223] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 95. Nota de rodapé.
[224] Ibidem, p. 117.
[225] Ibidem, p. 99.

proporcionalidade em sentido estrito.[226] Nesta pesquisa, propõe-se a perquirir os três últimos no intuito de esclarecer em que medida o direito fundamental admite a intervenção justificada pelas razões fáticas e jurídicas confrontadas e, principalmente, a atuação do Judiciário na hipótese.

A despeito de construir sua tese com respeito às lições de Robert Alexy, Bernal Pulido tece-lhe algumas críticas, que passaremos a expor de forma sucinta. O professor colombiano assevera que a aplicação da proporcionalidade deve ocorrer não só pela ponderação, como defende Alexy, mas também pela verificação dos três subprincípios da proporcionalidade. Aduz que a lei de colisão proposta pelo professor alemão equivale a uma regra consistente no resultado da ponderação determinada pela relação de precedência condicionada entre princípios em conflito; entretanto, deveria ser considerada como um produto de toda aplicação do princípio da proporcionalidade, conjugados os subprincípios.[227]

Em contraponto ao princípio como mandado de otimização, Pulido colaciona a teoria da Constituição como marco, segundo a qual os princípios não devem ser entendidos como tal, ou seja, cumpridos *na maior medida possível, mas sim em uma medida mínima ou suficiente*. De acordo com cada princípio constitucional, algumas opções legislativas são necessárias, ao passo que outras são possíveis e outras proibidas. Por consequência, o princípio somente exige que sejam adotadas opções legislativas necessárias e que não se adotem alternativas proibidas.[228]

De nossa parte, aderimos à argumentação do colombiano no sentido de que a regra a ser aplicada para dirimir a colisão deve figurar como o produto da aplicação de todo o princípio da proporcionalidade, considerados os subprincípios da idoneidade ou adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Discordamos em parte, no entanto, quanto à crítica ao mandado de otimização, pois a teoria de Robert Alexy[229] é baseada na otimização dos direitos fundamentais, ou seja, na ótima realização dos direitos fundamentais, com fulcro nas condições fáticas e jurídicas relacionadas. Em outras palavras, a otimização se opera mediante condicionantes; então, o mandado de otimização será o resultado da proporcionalidade, levando-se em consideração o suporte fático amplo, conforme adesão à tese de Virgílio Afonso da Silva, sobre a qual discorremos em outro momento, e jurídicas, muito bem elucidadas pelo

---

[226] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 165.
[227] Ibidem, p. 741.
[228] Ibidem, p. 743.
[229] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

autor colombiano ao percorrer os subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Logo, a base de nosso trabalho no tocante à proporcionalidade, especialmente quanto à leitura do mandado de otimização, segue a premissa supramencionada.

Bernal Pulido acredita que as regras têm conexão com a ponderação quando colidem com algum princípio. Nessa hipótese, o conflito se resolve pela ponderação entre o princípio que colide com a regra, por um lado, e com o princípio que sustenta a regra, por outro.[230] Virgílio Afonso discorda dessa premissa. Para o professor brasileiro, há o produto de um sopesamento já realizado pelo legislador entre dois princípios garantidores de direitos fundamentais, em que o resultado consiste em uma regra de direito ordinário. Nessa perspectiva, não se configuraria uma relação de colisão entre regra e princípio, mas sim uma relação de restrição expressada pela regra, a ser aplicada por subsunção.[231]

Os subprincípios componentes do princípio da proporcionalidade, ou seja, subprincípio da idoneidade (ou adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, devem seguir uma investigação sucessiva e escalonada de cada qual, para, por fim, revelar a regra resultante da operação. Nessa sequência, os subprincípios serão abordados nos tópicos respectivos, com fundamento na teoria de Bernal Pulido.[232]

2.18.1 Da adequação ou da idoneidade

Inaugura-se essa trilha investigativa pelo exame do subprincípio da idoneidade. Esse caminho é percorrido a partir de duas noções centrais: a definição de idoneidade e a legitimidade do fim que sustenta a intervenção.

Conceituando o subprincípio da idoneidade, Bernal Pulido afirma que toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser adequada para contribuir com um fim constitucional, ou seja, a aplicação do subprincípio consiste na análise acerca da capacidade que o meio escolhido pelo Parlamento tem para fomentar sua finalidade; uma relação de meio legislativo e seu fim.[233]

A verificação da legitimidade do fim baseia-se em um juízo de razoabilidade, conectando-se com o direito fundamental de igualdade e de não arbitrariedade, com o fito de

---

[230] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 742.
[231] SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional* cit., p. 52.
[232] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.
[233] Ibidem.

apartar o entendimento de que a lei e as razões legítimas que lhe sustentam passam ao largo da arbitrariedade. Tal legitimidade é oriunda da Constituição, porquanto somente é legítimo o que por ela está permitido ou não proibido explícita ou implicitamente, inclusive por princípios constitucionais, *v.g*., formais. Em outras palavras, tem-se a Constituição como instrumento suficiente de legitimação do fim. Atribui-se ao legislador a livre competência para dar corpo aos direitos fundamentais, de modo que lhe é reconhecida a possibilidade de propor qualquer fim não proibido pela Constituição, o que se denomina de concepção negativa da legitimidade dos fins. Eventual dúvida sobre a legitimidade do fim é dirimida pela presunção de constitucionalidade da lei. Os fins encorajados pelo legislador assumem sempre a estrutura de princípios, portanto têm caráter *prima facie.*

O fim legislativo é definido como um estado de coisas que se deve alcançar para o cumprimento do direito fundamental ou um bem coletivo, evitando a restrição muito gravosa. Os fins podem ser classificados em mediatos e imediatos.

Diz-se que entre os princípios arguidos como fins mediatos estão os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e os princípios constitucionais de segundo grau, que são os resultantes de reserva de lei específica ou geral.

A colisão entre um direito fundamental e outro direito fundamental é nomeada de direitos fundamentais em sentido estrito, aplicando-se a proporcionalidade sob os aspectos de proibição de excesso e de proteção insuficiente para solução.

A intervenção legislativa por fins mediatos também pode ocorrer quando perseguir um princípio constitucional, implícito ou explícito, bem como princípios constitucionais de segundo grau, entendendo-se como aqueles que não aparecem no Texto Constitucional, mas decorrem de reserva específica ou geral de lei. Trata-se de princípios formais, de cunho constitucional, pelos quais a competência do legislador para configurar os direitos fundamentais devem se estender na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas, e entre estas últimas encontra-se o princípio de máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nessas hipóteses, aplica-se a presunção de constitucionalidade das leis.

A consideração do peso maior que os direitos fundamentais ostentam sobre os princípios constitucionais de segundo grau do ponto de vista material deve ser realizada no terceiro subprincípio, isto é, da proporcionalidade em sentido estrito. Dessarte, tanto menor a hierarquia das fontes do direito tenha o princípio constitucional de segundo grau, menor é a possibilidade de prioridade na ponderação em uma colisão com um direito fundamental. Paralelamente, os

princípios constitucionais de segundo grau que se fundamentam em reserva de lei específica possuem peso material maior do que os de reserva geral.

O fim imediato corresponde a um estado de coisas no plano fático e jurídico a ser alcançado em consonância com um princípio constitucional – fim mediato –, confrontando-se com a vedação do excesso e da proteção insuficiente. Por conseguinte, no primeiro caso, a aplicação da proporcionalidade a esse estado de coisas consiste no maior grau de cumprimento possível, ao passo que, na vertente de proteção insuficiente, o estado de coisas traduz-se em resguardar o princípio relevante para que sofra a menor restrição possível.

A determinação do fim mediato e imediato da intervenção legislativa em um direito fundamental constitui o principal aspecto prático da primeira fase do juízo de idoneidade. Verifica-se se o fim mediato é legítimo e se seu âmbito normativo se subsume ao fim imediato. Em vista disso, as relações entre o fim imediato e o fim mediato (princípio constitucional) da medida legislativa são construídas com base em um conjunto de premissas analíticas.

O nexo entre o meio e o fim ocorre em graus. Nessa fase posterior, investiga-se a idoneidade do meio para alcançar o fim imediato, porquanto é vedado ao meio corresponder a um fim em si mesmo. O nexo entre o meio legislativo e seu fim imediato é fático.

Considera-se inidônea a medida legislativa que de nenhum modo contribua para a obtenção do fim imediato. Pressuposto essencial da idoneidade estriba-se na relação positiva entre o meio e o fim, que pode ter maior ou menor intensidade, de forma que aquele deve facilitar a obtenção deste. Fala-se em versão mais fraca ou mais forte da idoneidade. Por um lado, na versão mais forte, a medida legislativa será idônea se contribuir com maior eficácia, rapidez e segurança para obtenção do fim, sendo aquela que mais o realiza. Por outro, na versão fraca, a idoneidade de uma medida legislativa dependerá da relação positiva com qualquer fim legislativo, facilitando sua realização de algum modo, com qualquer eficácia, rapidez, plenitude e segurança.

Compactuamos com o entendimento de Bernal Pulido que defende o manejo da vertente mais fraca de intensidade do subprincípio da idoneidade, com fulcro na facilitação de sua realização de algum modo, independentemente do grau de eficácia, rapidez, plenitude e segurança. A versão forte impede que sejam consideradas todas as razões normativas, analíticas e empíricas que concorrem a favor e contra a constitucionalidade das leis.

A inidoneidade de uma medida legislativa deve ser demonstrada por um conjunto de premissas empíricas, baseadas em conhecimentos científicos ou convicções sociais

universalmente aceitas. Em sequência, tem-se que o exame da idoneidade das intervenções legislativas pode ser levada a cabo na perspectiva prévia do legislador e posterior do Tribunal Constitucional. No quadro do legislador, o exame ocorre de acordo com as condições do momento de expedição da norma, enquanto, no contexto jurisdicional, o exame é feito com maiores exigências porque realizado a partir dos conhecimentos disponíveis quando do ajuizamento. Logo, uma norma somente poderá ser declarada inidônea desde o nascedouro se o legislador puder prever sua inaptidão para a obtenção da finalidade imediata.

O princípio da proporcionalidade pode ser aplicado com três tipos de intensidade: um controle de evidência, um controle de intensidade intermediária e um controle substancial intensivo. No controle de evidência, o Tribunal exerce um alto grau de autocontenção e concede ao legislador a prerrogativa de constitucionalidade de suas decisões, a não ser que demonstrado o contrário empiricamente. No controle substancial intensivo, ocorre o oposto, de forma que a carga argumentativa pesa a favor dos direitos e contra as decisões legislativas. O controle de intensidade intermediária situa-se entre os dois anteriores. Prevalece na doutrina o controle de evidência, mais consentâneo com a versão fraca do subprincípio de idoneidade.

Por fim, a avaliação das incertezas sobre as premissas empíricas, a favor e contra a medida legislativa, deve ser efetuada no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, visto que, quanto mais segurança se exigir das premissas empíricas, maior será o controle do Tribunal Constitucional e mais reduzido o âmbito de apreciação empírica do legislador.

2.18.2 Da necessidade ou da indispensabilidade

Neste tópico dedicado ao subprincípio da necessidade, serão desenvolvidas sua definição, a escolha dos meios alternativos, inclusive a análise da idoneidade equivalente ou superioridade desses meios, o meio mais benigno ao direito fundamental afetado, bem como a perspectiva e a intensidade do exame da necessidade.

Nessa tônica, leva-se em conta a noção de que a medida de intervenção nos direitos fundamentais deverá ser a mais benéfica ao direito fundamental que a sofre, considerando-se todas as medidas de igual idoneidade para o alcance do objetivo perseguido. Impera a comparação entre a medida adotada pelo Legislativo e os demais meios alternativos, de modo que figuram relevantes em sua determinação a escolha dos meios alternativos, o exame de sua idoneidade e a intensidade com que afeta negativamente o direito fundamental.

Requisito imprescindível para aplicação desse subprincípio se traduz na existência de pelo menos um meio alternativo à medida adotada pelo legislador, tendo em mente os conhecimentos científicos, técnicos, dogmáticos e gerais existentes no momento da edição da norma legislativa com aptidão para obter o objetivo perseguido.

O exame de idoneidade dos meios alternativos efetua-se com relação ao fim imediato, e não ao fim mediato. Na tópica do subprincípio da necessidade, repercute-se se essa idoneidade é equivalente ou maior nos meios alternativos na perspectiva de eficácia, temporal e de realização do fim e da probabilidade.

Uma maior idoneidade de um meio alternativo não implica a desnecessidade da medida legislativa, haja vista a imprescindibilidade de o meio alternativo superar a exigência de intervir na menor intensidade no direito fundamental atingido. Por razões congêneres, os meios alternativos não realizáveis por impossibilidade técnica ou custos exorbitantes não podem ser considerados no exame de necessidade.

O segundo requisito desse subprincípio diz respeito à desnecessidade da medida legislativa quando alguns dos meios alternativos de idoneidade equivalente amparar a persecução do objetivo pretendido, intervindo em menor grau no direito fundamental afetado. A análise jurisdicional para verificar a intensidade da intervenção levará em conta a causalidade negativa, isto é, se, em hipótese, os meios alternativos teriam a capacidade de suprimir ou eliminar juridicamente a norma ou a posição jurídica afetada. Faz-se um exame da necessidade confrontando-se, por um lado, a intensidade da intervenção da medida legislativa no direito fundamental e, por outro, a intensidade originária da intervenção dos meios alternativos.

Considerar-se-á mais benéfico, empiricamente, o meio alternativo que afetar o direito fundamental, negativamente, com menor eficácia, de modo menos duradouro e com menor probabilidade a norma ou posição jurídica *prima facie* objeto da intervenção do legislador e em menos aspectos relativos ao bem protegido pela norma. Logo, existindo meio alternativo mais benéfico, é imperiosa a declaração de inconstitucionalidade da medida legislativa. Sendo mais benéfico, o meio alternativo se mostra necessário. Anote-se que a menor restrição que o meio alternativo projeta sobre o direito fundamental é objeto de análise da proporcionalidade em sentido estrito.

A prova do meio mais benéfico é de caráter analítico e normativo. No controle de constitucionalidade, abstrato ou difuso, o exame da menor restrição do meio alternativo e, por conseguinte, do mais benéfico é entabulado consoante uma relação com o indivíduo ou

indivíduos atingidos pela medida legislativa, porque titular do direito afetado. Ressalte-se, todavia, que a medida legislativa não será desnecessária se o meio alternativo mais benéfico para o direito fundamental afetado atingir outros interesses da comunidade, vulnerando direitos fundamentais de terceiros ou ofendendo o princípio da igualdade, tendo em vista se tratar de decisão política do legislador, o que desfalece competência do Tribunal Constitucional para decidir politicamente quais direitos devem ser restringidos.

Enfim, o exame de necessidade se estabelece pela perspectiva anterior do legislador, quer dizer, a partir dos conhecimentos existentes na época em que adotada a medida. Na inspeção dos meios alternativos, é ponto nodal o respeito ao valor democrático das mensurações empíricas, analíticas e normativas seguras do legislador, que detém a prerrogativa de escolher entre as diversas alternativas disponíveis para fomentar o fim imediato, intervindo com menor intensidade no direito fundamental.

2.18.3 Da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito preconiza que a importância do direito fundamental deve ser justificada pela relevância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa, de modo que as benesses oriundas da intervenção legislativa devem compensar o martírio suportado pelos titulares do direito fundamental e da sociedade em geral.

No ensejo desse subprincípio, determina-se o peso do que será medido, ou seja, a importância da intervenção no direito fundamental e a relevância da realização do fim perseguido pela intervenção. Compara-se, em seguida, se a importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa é maior que a relevância da intervenção no direito fundamental. E, por último, com supedâneo na comparação anterior, constrói-se uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo.

De pronto, uma colocação se sobrepõe. Os direitos fundamentais gozam de uma carga argumentativa a seu favor.

A ponderação consiste na comparação entre a importância da afetação negativa da intervenção legislativa sobre o direito fundamental e a relevância da afetação positiva dessa intervenção no fim mediato que persegue. Por conseguinte, atribuir-se-á maior peso ao princípio constitucional de maior relevância material; ao direito fundamental, quanto mais intensa a intervenção; contrariamente, maior peso à intervenção, tanto mais intensa a realização do princípio que a fundamenta.

A intensidade da intervenção é perseguida em uma perspectiva analítico-normativa e empírica.

Do ponto de vista analítico-normativo, a intensidade da intervenção no direito fundamental depende de fundamentalidade da realização das faculdades da pessoa que tem sua posição *prima facie* afetada. Em diversa perspectiva, a intensidade da realização do fim mediato depende da fundamentalidade do fim imediato que a intervenção ostente no âmbito normativo.

Na perspectiva empírica, a intensidade da intervenção advém da eficácia, rapidez, probabilidade, alcance e duração com que afete negativamente a posição *jusfundamental prima facie*, assim como a intensidade da realização do fim mediato depende dos mesmos requisitos para contribuir na obtenção do fim imediato.

As intensidades da intervenção no direito fundamental e a de realização do fim legislativo são definidas por critérios que se alinham a circunstâncias específicas do lugar, da tradição e da moral da sociedade respectiva, que determinam a fundamentalidade da posição *prima facie* afetada dentro do âmbito normativo do direito fundamental.

Apontaremos os critérios analítico-normativos de maior peso tanto para o direito fundamental quanto para a realização do princípio constitucional.

Será atribuído maior peso *ao direito fundamental*: quanto maior a intensidade da intervenção no âmbito normativo do direito fundamental; quanto mais ampla a fundamentalidade de uma posição *prima facie* com respeito à função de defesa, democrática e de prestação em sentido amplo; quanto mais alto o valor da posição *jusfundamental* afetada com relação a condições temporal, espacial e material; quanto mais efeitos tenha a posição *jusfundamental* afetada sobre outras posições *jusfundamentais*; e quanto mais efeitos tenha a posição *jusfundamental* afetada sobre outros direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Será atribuído maior peso *à realização do princípio constitucional*: quanto maior o âmbito normativo do princípio constitucional que orienta a intervenção; quanto mais importante um determinado fim legislativo imediato para melhor desempenho das funções do fim mediato; quanto mais alto o valor do fim legislativo imediato advindo das perspectivas temporal, espacial e material, como condição para realização do fim mediato; quanto mais efeitos tenha o fim imediato sobre outras posições atribuídas ao princípio constitucional (fim mediato); e quanto mais efeitos tenha o fim imediato sobre outros princípios constitucionais.

O maior peso de um princípio decorre ainda da prioridade em decisões institucionais prévias.

Apontam-se como critérios específicos de intensidade da intervenção no direito fundamental, primeiramente, a maior intensidade da intervenção legislativa, quanto maior o cumprimento das exigências dos critérios de conteúdo essencial; em segundo, atribuição de maior peso na ponderação conforme mais amplo intercâmbio tenha o direito fundamental para a realização do princípio democrático, assim como maior conexão com a dignidade humana.

No aspecto empírico, acentuam-se as variáveis do caso concreto consoante os conhecimentos científicos e dogmáticos existentes na sociedade em determinado contexto histórico.

Tomando-se os critérios comuns ao direito fundamental e ao fim legislativo, são estabelecidas diretrizes a seguir. Conferir-se-á maior peso: a) *ao direito fundamental:* quanto mais eficaz, rápida, provável, de maior alcance quanto a outras posições *jusfundamentais,* duradoura, seja a intervenção para impedir ou dificultar a posição *jusfundamental*; b) *ao fim legislativo:* quanto mais eficaz, rápida, provável, de maior alcance quanto a outros fins imediatos atribuídos, duradoura, seja a intervenção para atingir o fim imediato.

Quanto aos critérios aplicados tão só ao fim legislativo, será atribuído maior peso à ponderação na medida legislativa se for o único meio ou o mais urgente para a obtenção do fim perseguido.

Os critérios analítico-normativos e empíricos de determinação da intensidade da intervenção no direito fundamental e da realização do fim legislativo possuem caráter *prima facie*. Sua relevância é determinada de acordo com as circunstâncias do caso concreto e, no caso de colisão com outros critérios, deve-se atribuir a eles prioridade condicionada às circunstâncias do caso concreto.

A ponderação, pois, consiste em uma comparação entre o grau de intensidade da intervenção no direito fundamental e o grau de realização do princípio constitucional que fundamenta a norma legal que se controla, para estabelecer uma relação de precedência condicionada entre aquele direito e esse princípio. O resultado dessa ponderação consiste na relação de precedência, porque revelará a prioridade no caso concreto do direito fundamental ou do princípio constitucional. Essa precedência será condicionada porque é específica ao caso concreto. Como consequência, o direito fundamental ou o princípio constitucional ao qual se

atribui precedência condicionada perde o caráter *prima facie* e passa a ostentar o caráter definitivo.[234]

Nessa atividade, atribuir-se-á maior peso aos argumentos a favor da realização do princípio constitucional que respalda a intervenção legislativa, assim como aos argumentos pertinentes às anteriores relações de precedência condicionada em outros casos. A regra daí resultante deve ser aplicada a todos os casos idênticos e análogos. Contrariamente, a inaplicabilidade dessa regra nas hipóteses mencionadas vindica argumentos com maior peso que aqueles a favor de sua aplicação.

Resguarda-se certa margem de *discricionaridade* ao juiz na determinação do peso abstrato dos princípios, discricionariedade essa limitada pela racionalidade da argumentação. Por essa razão, o maior grau de intensidade da intervenção no direito implica maior grau de intensidade de realização do princípio constitucional que fundamenta a intervenção legislativa, o que conduz à variedade de soluções para cada caso concreto.

O exame da proporcionalidade em sentido estrito leva em conta um controle de evidência. Nessa circunstância, prevalece a legitimidade dos atos legislativos, salvo se refutada por premissas empíricas ou analíticas, de modo que a insegurança dessas premissas é interpretada em favor do legislador. Por conseguinte, quanto maior segurança sustentar a intervenção legislativa, assim como mais intensa for a intervenção, mais intenso deverá ser o controle judicial, valendo ainda a conclusão diametralmente oposta.

Até aqui foi objeto de estudo a proporcionalidade em sentido estrito para coibição do excesso.

2.19 Da proporcionalidade como vedação à proteção insuficiente

Passaremos neste momento à investigação da desproporcionalidade por proteção deficiente.

A estrutura da proibição da proteção deficiente atende aos mesmos critérios da proibição de excesso. Conta com os pressupostos atinentes à adstrição *prima facie* a um direito fundamental de uma posição de proteção e o reconhecimento do ato legislativo como uma

[234] BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit.

intervenção no direito. Acrescentem-se ainda os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A atribuição *prima facie* demanda um dever de atuação do legislador a fim de realizar o objeto da posição *jusfundamental* na maior medida possível. Por sua vez, a intervenção legislativa na proteção deficiente consiste no controle de uma omissão legislativa ou em uma norma legal que não protege o direito fundamental ou não o protege de forma satisfatória ou não contribui para sua realização. Nessa seara, faz-se necessária a inexistência de nexo de causalidade ou idoneidade positiva ótima, quer dizer, a norma legal ou a omissão não atua para proteger ou realizar o direito na maior medida possível.

Do ponto de vista da idoneidade, a omissão legislativa ou a norma legal que não proteja um direito fundamental em um patamar ótimo ou proteja de modo deficiente melindra as exigências do princípio de idoneidade quando não favorece a realização de um fim legislativo constitucionalmente legítimo. A omissão ou norma deficiente será idônea se de qualquer modo contribuir para a realização de seu fim.

Na esteira do subprincípio da necessidade, a omissão legislativa ou a norma legal que não proteja o direito fundamental de maneira ótima demonstrar-se-á contrária às exigências desse subprincípio quando houver outra omissão ou outra medida legal alternativa que favoreça a realização do fim legislativo na mesma intensidade e mais favoreça a realização do direito fundamental de proteção.

Haverá ofensa ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito quando a omissão legislativa ou a norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira satisfatória ostentar grau de favorecimento do fim legislativo inferior ao grau de não realização do direito fundamental de proteção.

Por fim, na prognose de uma colisão entre um direito fundamental de defesa e um direito fundamental de proteção, adotar-se-á simultaneamente a proporcionalidade em sua função de proibição de excesso e de proteção deficiente. Somente se admitirá a ausência de realização máxima do direito de proteção se o exigir a realização do direito de defesa. Por outra via, admitir-se-á a intervenção no direito de defesa se assim o vindicar a realização do direito de proteção.

2.20 A dignidade da pessoa e a igualdade como balizas da proporcionalidade nos direitos sociais

Revisitando a teoria de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva e Bernal Pulido, dessume-se que a regra da proporcionalidade, no tocante a direitos sociais, seria guiada, para os primeiros, pela dignidade da pessoa humana, considerando-se o mínimo existencial norteado pelo princípio da igualdade fática e, para o último, pela igualdade. É pensamento comum que os direitos sociais são e devem continuar a ser pensados coletivamente. Nessa toada também caminha Mauro Cappelletti em sua obra *Juízes legisladores*. No entanto, esse derradeiro autor não apresenta uma proposta de solução para evitar a atuação para além da competência jurisdicional. Não à toa foi escolhido como um dos referenciais teóricos deste trabalho. A propositura desta pesquisa originou-se de um questionamento sobre tema corriqueiro nos tribunais nacionais. É certo que há decisão do Supremo Tribunal Federal sobre alguns pontos do assunto, contudo ainda sobejam dúvidas que o cotidiano da atuação jurisdicional destaca.

Diante da divergência – talvez aparente – de qual recurso se socorrer, ou seja, dignidade da pessoa humana ou igualdade, teceremos observações pertinentes ao tema proposto, sem a intenção, por óbvio, de esgotá-lo em razão da limitação da pesquisa, contudo demonstrando o intuito de que a proporcionalidade em matéria de direitos sociais se deve guiar pela igualdade e pela dignidade da pessoa concomitantemente, porque são noções interdependentes.

Ao fim e ao cabo, tem-se que a dignidade da pessoa ostenta a igualdade fática como um de seus pilares. Ademais, os critérios da dignidade da pessoa e igualdade devem ser sopesados na terceira fase de aplicação da proporcionalidade, ou seja, na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

2.20.1 Da dignidade da pessoa humana

Canotilho assinala que "o processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como centro da titularidade dos direitos".[235]

Em sentido semelhante, Pinto e Netto sustenta que a dignidade da pessoa humana é um dos elementos estruturantes do Estado constitucional ao lado da liberdade, igualdade e solidariedade. Diz-se estruturante do sistema de direitos fundamentais no Estado constitucional

[235] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 416.

porque critério obrigatório de conexão entre dignidade e direitos fundamentais. Trata-se de um conceito normativo, que não pode ser restringido por concepções específicas, herméticas e exclusivas, como também não pode ostentar concepções globalizantes e generalizantes vinculadas a certas posições ideológicas.[236]

A dignidade da pessoa como conceito normativo exige abertura, pluralidade e respeito à esfera de autodeterminação do indivíduo de acordo com suas próprias concepções, desenvolvimento e escolha autônoma.

A noção de dignidade radica-se na teoria de Kant, pela qual o menosprezo advém do tratamento do indivíduo como objeto, e não sujeito de direito. É certo que pode ser densificado de variáveis modos, no entanto não se pode olvidar o imperativo caráter protetivo e promocional.

Não obstante, Ana Paula de Barcellos apresenta quatro momentos na construção do conceito, começando pelo cristianismo, iluminismo-humanista, a obra de Immanuel Kant e o refluxo da Segunda Guerra Mundial.[237] Vencidas as atrocidades do combate, após a criação da ONU, diversos instrumentos internacionais como Declarações e Pactos foram firmados.

A noção de dignidade humana agrega variadas matérias, em especial os direitos individuais e políticos, sociais, culturais e econômicos. É variável não só pelos bens que arregimenta, mas também pelo modo como estes se relacionam entre si.

Aduz que o princípio se sustenta em sua fundamentalidade social e jurídica, que exploraremos a partir deste ponto. As ideias infracolacionadas são fruto do estudo da jurista brasileira.[238]

A fundamentalidade social corresponde ao grau de importância ou relevância social dos enunciados normativos. "Quanto mais fundamental para a sociedade for a matéria disciplinada pelo dispositivo e, consequentemente, os efeitos que ele pretende sejam produzidos, mais consistente deverá ser a modalidade de eficácia jurídica associada."[239]

A apuração da fundamentalidade social deve partir de uma investigação da abordagem filosófica, política e sociológica do objeto proposto em determinada época e grupo social.

---

[236] PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional* cit.

[237] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

[238] Ibidem.

[239] Ibidem, p. 140.

Barcellos defende que a dignidade da pessoa humana é a circunstância do direito de maior fundamentalidade social.[240]

Ladeando a modalidade social encontra-se a fundamentalidade jurídica, assim denominada por decorrer do delineamento do próprio ordenamento jurídico. Por se tratar de incorporação de fatos sociais à ordem jurídica e pela própria, prescinde-se do recurso à fundamentalidade social em qualquer contexto. Somente ocorrer-se-á em situações extremas de antinomias, reais ou aparentes e na colisão de princípios, quando irrenunciável a ponderação. Saliente-se a presença de uma gama de níveis de fundamentalidade jurídica, *v.g.*, as cláusulas pétreas. Circunstâncias de fato de maior fundamentalidade para a ordem jurídica vindicam eficácia jurídica mais consistente.

A fundamentalidade social clama pela proteção do mínimo existencial independentemente da organização social estabelecida, seja porque age como uma condição de liberdade, seja por representar uma moralidade mínima da natureza do homem como pressuposto de sua participação democrática.[241]

Por sua vez, a fundamentalidade jurídica é observável com fulcro em duas perspectivas: substantiva e procedimentalista. Na vertente substancial, sobrelevam-se o direito interno e o internacional. Na corrente procedimentalista, assume-se a necessidade de procedimentos para apuração das decisões a fim de estabelecer consensos materiais e legitimar as decisões que atinjam a sociedade.

A Constituição da República de 1988 carrega em seu bojo dispositivos esparsos sobre a dignidade, iniciando-se pelo que se contém no artigo 1.º, III.[242]

A norma jurídica que veicula a dignidade pode assumir um caráter de regra ou de princípio.[243] Com ínfima distinção, Virgílio acredita que a dignidade segue o caminho de todos os princípios, o que lhe faz ostentar um conteúdo essencial relativo, salvo nas hipóteses em que

---

[240] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit., p. 141.

[241] Ibidem.

[242] "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana."

[243] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit.; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

a própria Constituição, em normas estruturadas na forma de regra, delimite condutas absolutamente vedadas na espécie.[244]

Barcellos aponta que a separação dos poderes é comumente arguida como obstáculo absoluto ao conhecimento e provimento de tutelas relacionadas a prestações positivas a serem custeadas pelo Poder Público com fundamento na dignidade humana. No entanto, vale lembrar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes, de modo que não obsta a possibilidade de o Judiciário atribuir eficácia positiva aos enunciados normativos atinentes à dignidade em seu aspecto material.[245-246]

Isto, contudo, não autoriza o Judiciário a atribuir competência a si para fixar políticas públicas de forma ampla, tampouco impor suas convicções políticas em um cenário diversificado de possibilidades e escolha de uma específica pelos cidadãos ou seus representantes. Segundo Barcellos, a coexistência harmônica entre a eficácia positiva da dignidade, de um lado, e da separação de poderes, do outro, está no núcleo da dignidade, ou seja, no mínimo existencial. Nesse ponto reside a legitimidade para determinar prestações necessárias à sua satisfação. O núcleo da dignidade humana encontra-se no mínimo existencial.[247]

A jurista brasileira assevera a obrigatória análise de elementos externos a se considerar nessa questão, e uma delas seriam os recursos financeiros. A ausência de recursos impede a prestação material por mais textuais, claras e precisas que sejam os enunciados normativos. Tal situação é comumente denominada como *reserva do possível*, que pode ser classificada como

---

244 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit., p. 201.

245 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit.

246 Citam-se como exemplos de fundamentos de legitimidade do Poder Judiciário para agir em matéria de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, segundo Ana Paula Barcellos, e conforme exposições esparsas em nosso trabalho: a) O Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; b) os órgãos de cúpula do Judiciário são formadas pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação; c) aos magistrados é assegurado um conjunto de prerrogativas capazes de proporcionar uma situação de independência; d) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite em enunciados normativos – constitucionais ou legais –, fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações puramente políticas); e) a decisão judicial, como regra, não veicula uma vontade única e final, já que será revista por órgãos superiores, assegurando oportunidades de correção de eventuais erros; f) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; g) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos (Ibidem, p. 271).

247 Ibidem, p. 272.

fática, quando a inexistência de recursos é absoluta, e jurídica, quando ausente a autorização orçamentária para o gasto em específico.[248]

Deve-se levar em conta a capacidade de crédito do Estado. No Estado de Direito, o poder público, em suas três funções estatais, está vinculado aos termos da Constituição; por essa razão, suas determinações devem ser cumpridas nos termos em que positivadas. Decorre então a premissa de que a gestão de recursos financeiros obedece aos critérios de obtenção e dispêndio.[249]

Aceito o entendimento alhures, especialmente no tocante à limitação de recursos, o que se tem por disponível deve se destinar à aplicação preferencial do atendimento dos fins essenciais prescritos pela Constituição até sua efetiva execução. Os recursos que sobejarem poderão ser destinados à realização das opções políticas manifestadas a seu tempo. A sobredita priorização, ressalte-se, advém do próprio Texto Constitucional e dos compromissos internacionais assumidos, tais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto de São José da Costa Rica. Obriga-se o Estado a investir o máximo de recursos disponíveis para a promoção dos direitos previstos em seu conteúdo.

Barcellos sustenta que, "ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-á estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos". Segundo a jurista, somente após atingir essa prioridade é que se caminha para a discussão dos recursos remanescentes. "Como se vê, o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."[250]

A dignidade da pessoa amolda-se como um limite para bloquear ações políticas que violem ou restrinjam direitos, incidindo aqui a vedação ao retrocesso social, bem como configura-se como um consenso mínimo, cuja deliberação política já foi previamente fixada na Constituição, implicando, pois, a conversão para a ordem jurídica.

O princípio da *proibição do retrocesso* origina-se da própria teoria dos direitos fundamentais. Consiste no reconhecimento de que estes se aplicam de imediato e devem ser

---

[248] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit., p. 278.

[249] "Ora, a despesa pública é exatamente o mecanismo pelo qual o Estado, além de sustentar sua própria estrutura de funcionamento, procura realizar seus fins e atingir seus objetivos" (Ibidem, p. 282).

[250] Ibidem, p. 287.

progressivamente ampliados. Nessa senda, cumpre ao Judiciário invalidar qualquer disposição que reduza o âmbito de proteção, seja quanto à aplicação ou fruição do respectivo direito.

No esteio da lição de Gomes Canotilho, "uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo". Por conseguinte, fica obstada a reversibilidade fática e jurídica dos direitos adquiridos, sob pena de quebra do princípio da proteção e confiança dos cidadãos no âmbito econômico, social, cultural e do núcleo essencial.[251] Em transcrição literal:

> O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial.[252]

A proposta apresentada por Barcellos[253] revela quatro parâmetros para definição de um conteúdo concreto do mínimo existencial que, sendo fruto de uma deliberação política legítima em determinado momento histórico, dispensa a autoridade judiciária de revisitar a reserva do possível. São eles: a) a educação básica; b) saúde básica; c) assistência aos desamparados; d) acesso à Justiça.

Em capítulo próprio, ocupar-nos-emos de discorrer sobre a saúde como direito social e a configuração levada a cabo pela dignidade da pessoa no caso concreto.

Por ora, importa ressaltar que aderimos em parte à tese de Barcellos, visto que, conforme pontuamos alhures, o conteúdo essencial de um direito fundamental e, por consequência, o mínimo existencial, tal como consignado por Bernal Pulido, refletem o resultado obtido ao fim da proporcionalidade. Nesse percurso, a dignidade da pessoa será considerada durante a análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, assim como a igualdade. Dessarte, os argumentos mencionados nessa tônica funcionam como balizas a serem consideradas em toda atividade de análise da proporcionalidade, e não só como algo apartado desse exercício.

---

[251] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 338.

[252] Ibidem, p. 339.

[253] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit.

2.20.2 Da igualdade

O dever de igualdade é atinente à aplicação e à criação do direito. Na criação do direito, exige que todos sejam tratados igualmente pelo legislador. Tal afirmativa, no entanto, não significa que todos sejam tratados da mesma forma ou em todos os aspectos, tampouco que seja proibida toda e qualquer forma de distinção. Nessa ótica, o legislador deve trabalhar com a perspectiva de normas universais condicionadas.[254]

A proporcionalidade está intimamente ligada à igualdade e, por consequência, à justiça. O ideal é a busca do meio-termo, de modo que o igual é tratado igualmente entre os iguais, ao passo que o desigual desigualmente na medida de sua desigualdade.[255]

O tratamento igual ou desigual, conforme o caso, deve ser interpretado a partir de uma perspectiva material e não formal. Alexy assevera que tanto a igualdade como a desigualdade entre indivíduos e situações sempre corresponderão à igualdade ou desigualdade de certas características, o que se poderia chamar de juízos sobre igualdade fática parcial.[256]

Inexiste, pois, igualdade ou desigualdade na integralidade dos aspectos, tomando assento apenas a igualdade ou desigualdade valorativa, relativizada pela igualdade ou desigualdade fática parcial, por certos tratamentos e, por fim, por critério de valoração. Por suposto, "a igualdade material leva, necessariamente, à questão de valoração correta e, com isso, à questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa".[257]

Socorrendo-se da jurisprudência do Tribunal Federal alemão, Alexy discorre acerca da concepção forte e fraca da igualdade, para, enfim, concluir que *o substancialmente igual não pode ser tratado desigualmente*, o que equivaleria dizer, em outros termos, que *tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos*.[258] Na concepção forte, impera o ideal de solução mais justa e adequada, atinente ao primeiro enunciado *supra*; na concepção fraca, fixam-se os limites de conformação do legislador a partir da premissa de arbitrariedade, ou seja, refere-se ao segundo enunciado.

A diferenciação arbitrária para a Corte alemã ocorreria quando inexistente fundamento razoável decorrente da natureza das coisas ou razão objetivamente evidente para a diferenciação

---

[254] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.
[255] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2017.
[256] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 399.
[257] Ibidem, p. 400.
[258] Ibidem, p. 407.

ou para o tratamento igual constante da lei. Alexy, pois, formula o seguinte enunciado: "se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório".[259] Essa seria a essência do dever do tratamento igual, que impõe um ônus argumentativo para o tratamento desigual.

Na hipótese do tratamento desigual, "se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual.[260] Logo, se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório".[261]

Extrai-se, pois, que o enunciado geral de igualdade ostenta a estrutura de um princípio, isto é, o princípio da igualdade, que, *prima facie,* impõe um tratamento igual, ao mesmo tempo que permite um tratamento desigual mediante razão justa demonstrada, o que aponta para sua necessária carga argumentativa.

O tratamento igual pode ser visto em sentido jurídico ou fático, tanto com relação a atos quanto a consequências. Quanto aos atos, refere-se às ações estatais, e, quanto às consequências, diz respeito às consequências fáticas da ação estatal que são decisivas.[262]

Daí decorrem os princípios da igualdade jurídica e da igualdade fática. Assegura Robert Alexy que

> [...] quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica, ao passo que, em razão da diversidade fática entre as pessoas, a igualdade jurídica sempre faz com que algumas desigualdades fáticas sejam mantidas e, frequentemente, acentuadas.[263]

Os enunciados alhures mencionados ("se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório; se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório") orientam a definição de tratamento, intimamente ligada a atos, que fundamenta um direito subjetivo à criação de uma igualdade fática. Logo, o princípio da igualdade fática se configura como razão suficiente para um direito subjetivo, portanto definitivo ao tratamento jurídico desigual visando ao estabelecimento de uma igualdade fática se prevalente sobre os princípios colidentes.

---

[259] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 408.
[260] Ibidem, p. 409.
[261] Ibidem, p. 410.
[262] Ibidem, p. 416.
[263] Ibidem, p. 417.

A igualdade fática é de suma relevância para a distribuição de bens no seio de certo grupo social. Saliente-se, no entanto, que, sob a justificativa de promovê-la, o Judiciário não pode intervir nas competências do legislador ou do Executivo, assim como em sua discricionariedade financeira.

Robert Alexy encampa a ideia de que o mínimo existencial somente poderia ser determinado com recurso a comparações. Em verdade, defende o *mínimo existencial relativo*, ou seja, aquilo que em cada momento for objeto de deliberação política em algum Estado. Por suposto, o conceito de dignidade da pessoa, em que reside o conceito de mínimo existencial, somente oferece suporte racionalmente controlável se amparado pelo princípio da igualdade fática.[264] Seguindo essa linha argumentativa, reforça-se a tese defendida neste trabalho de que o mínimo existencial é apurável a partir do exame da proporcionalidade que conduz à regra de aplicação ao caso concreto, de modo que o mínimo existencial representa o resultado dessa operação.

Bandeira de Mello, a despeito de concordar com a sentença aristotélica de tratamento igual para iguais e desigual para os desiguais, defende que a questão não se soluciona tão somente por ela. A afirmativa representa o ponto de partida, mas não o ponto de chegada, porque se faz necessário conhecer quem são os iguais e os desiguais ou ainda quando é vedado à lei estabelecer discriminações ou os limites à função de discriminar.[265]

A investigação de obediência ao princípio da igualdade perpassa pela verificação de três critérios. O primeiro se refere ao próprio discrímen; o segundo diz respeito à correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação experimentada; e, por fim, o terceiro se relaciona com a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.

Iniciando pelo discrímen, qualquer elemento atinente às coisas, pessoas ou situações pode funcionar como tal. Não obstante, essa discriminação é válida se houver compatibilidade lógica entre tais fatores e "a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição".[266]

Em verdade, o fator objetivo de discriminação vindica ser escolhido a partir de sua pertinência lógica com a diferenciação emanada. Afasta-se qualquer eleição aleatória ou

---

[264] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p.428.

[265] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2017.

[266] Ibidem, p. 17.

arbitrária desse fator, deslegitimando desequiparações fortuitas ou sem racional justificativa. Nessa toada, é vedado à lei se socorrer de traço específico que individualize no presente e definitivamente o sujeito beneficiado pelo regime especial. E, como discorrido alhures, o fator de discriminação se limita às pessoas, coisas ou situações a que se dirige, de modo que elementos colhidos para além desses elementos serão tidos por inválidos. Qualquer fator alheio ou neutro com relação aos elementos coisas, pessoas e situações é desprovido de idoneidade para sustentar a discriminação.

A singularização no presente, ou seja, não suscetível de reprodução ou sem viabilidade material, conduz ao vício mencionado. Essa inviabilidade de reiteração pode ser lógica ou material. Incluir-se-á na primeira hipótese a norma que singularizar a irrepetibilidade por obra da racionalidade veiculada do enunciado. Inserir-se-á na segunda hipótese quando a irrepetibilidade não ocorrer por absoluto direcionamento a um único destinatário. Conclui Bandeira de Mello que "sem agravos à isonomia a lei pode atingir uma categoria de pessoas ou então voltar-se para um só indivíduo, se, em tal caso, visar a um sujeito indeterminado e indeterminável no presente".[267]

Avançando para o segundo critério, o cerne da questão cinge-se a identificar a pertinência do fator eleito com a desigualdade de tratamento perquirida. Dessume-se, então, que a conexão lógica entre os elementos atinentes às coisas, pessoas e situações e a discriminação é que determina a validade ou a invalidade da regra de isonomia, isto é, pesquisa-se a justificativa racional para utilizar o elemento discriminatório para alcançar o tratamento jurídico pretendido.

O terceiro e último critério alude à consonância da discriminação com os interesses salvaguardados pela Constituição. Aduz Bandeira de Mello:

> Fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima.[268]

Observa-se até o momento que as teorias de Robert Alexy e Celso Antônio Bandeira de Mello são complementares porque fixam critérios para a análise da adequada criação e aplicação da lei quanto à isonomia. O alemão suscita o estabelecimento do fator de discriminação na natureza das coisas e em razões objetivas, ao passo que o jurista brasileiro

---

[267] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* cit., p. 25.

[268] Ibidem, p. 43.

distingue esses elementos em pessoas, coisas e situações, que não podem ser singularizadas no presente e definitivamente. Alexy ainda vindica a ocorrência de razão suficiente para o tratamento igual ou desigual, entendendo-se como tal o êxito na fundamentação, o qual depende da decisão sobre a consideração de todas as razões relevantes como insuficientes ou não, de modo que a razão suficiente é resultado de um discurso jurídico racional.[269] A premissa de sustentação de Alexy não destoa das premissas de Bandeira de Mello quanto, de um lado, à imperiosa correlação lógica entre fator de discrímen e a desequiparação procedida e, de outro, quanto à consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, ou seja, a construção de justificativas racionais para a discriminação. À tal proximidade se deve a escolha dos mencionados autores para caucionar este tópico.

Ronald Dworkin assegura que há uma diferença entre dar um tratamento igualitário às pessoas, com relação a uma ou outra mercadoria ou oportunidade, e tratá-las como iguais. Segundo o professor, sem olvidar de outras teorias, destacam duas em particular para explicar a igualdade distributiva: a igualdade de bem-estar e a igualdade de recursos. Na igualdade de bem-estar "o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar". Por sua vez, a igualdade de recursos "afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos".[270]

A defesa da primeira teoria reside na ideia de que o conceito de bem-estar importa para definir o que seria essencial na vida, e não só instrumental, congregando-se a ideia de que os recursos são valiosos apenas se produzirem bem-estar. O tratamento das pessoas como iguais seria resultado da ação de lhes proporcionar meios para que suas vidas sejam prazerosas, a partir de preferências políticas, impessoais e pessoais (teorias bem-sucedidas de bem-estar) ou da noção de que a distribuição deve colaborar para que as pessoas atinjam o nível máximo de igualdade em algum aspecto ou qualidade de sua vida consciente (teorias do estado de consciência).

Na igualdade de recursos, por outra via, a decisão sobre o tipo de vida cabe a cada pessoa provida de informações satisfatórias sobre "o custo real que suas escolhas impõem a outras

---

269 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 408.

270 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 3-4.

pessoas e, consequentemente, ao estoque total de recursos que pode ser equitativamente utilizado por elas".[271] Esta é a posição de Dworkin.

Não nos aprofundaremos no exame dessas teorias por fugir do escopo desta pesquisa. A referência é feita para demonstrar outra perspectiva de análise do princípio da igualdade e de sua insuficiência para o deslinde da questão proposta neste trabalho. Importa parcialmente no sentido da visão coletiva de distribuição de recursos, o que se mostra como viga estrutural de um direito social, assim como o consenso de que os direitos sociais suplicam por um pensamento coletivo. Agrega ainda a conclusão da legitimidade das decisões políticas tomadas com base no ordenamento jurídico.

2.20.3 Da igualdade na distribuição de recursos

Neste tópico, desenvolveremos a teoria da justiça de John Rawls.[272]

Trata-se de uma teoria que se organiza em torno da estrutura básica da sociedade, tendo como ideia central a justiça como equidade. Entende-se como estrutura básica da sociedade o "modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social".[273] Nessa sociedade bem constituída, todos aceitam e têm ciência de que os outros também aceitam os mesmos princípios de justiça, assim como as instituições sociais fundamentais. Por conseguinte, compreende-se como concepção pública da justiça "aquilo que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem ordenada".[274]

O conceito de instituição perpassa por um "sistema público de normas que define cargos e funções com seus direitos e deveres, poderes e imunidades".[275] Paralelamente, a justiça como equidade implica o reconhecimento da sociedade como um "empreendimento cooperativo para o benefício de todos".[276] Por conseguinte, a estrutura básica significa um conjunto de normas públicas de configuração do arquétipo de atividades que levam os cidadãos a agirem

---

[271] DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e prática da igualdade cit., p. 86.

[272] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Tradução Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016; RAWLS, John. *O liberalismo político.* Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000; RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

[273] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 8.

[274] Ibidem, p. 6.

[275] Ibidem, p. 66.

[276] Ibidem, p. 102.

conjuntamente para angariar maiores benefícios e assim conceder a cada um parcela dos ganhos.

Enumeram-se três requisitos para a viabilidade de comunidades humanas nessa concepção de justiça: a) consenso; b) coordenação; c) estabilidade. Os planos individuais precisam devem se embutir reciprocamente, compatibilizando as expectativas legítimas. É imprescindível que a conjugação desses planos seja eficiente e harmônica com a justiça. Por fim, a estabilidade exige que a cooperação social seja cumprida de modo regular com cumprimento voluntário das normas básicas.[277]

Rawls desenvolve dois princípios de justiça, cuja função consiste em delimitar os termos equitativos de cooperação social:

> (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e
> (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).[278]

Na concepção de Rawls, o primeiro princípio tem precedência sobre o segundo, que, por sua vez, precede ao princípio da diferença. Em (a), estabelece-se que as liberdades devem ser iguais; em (b), a distribuição de renda e riqueza pode ser diversa, contudo deve ser vantajosa para todos, ao mesmo tempo que os cargos de autoridade e responsabilidade sejam acessíveis a todos. A igualdade equitativa de oportunidades pressupõe que cargos públicos, posições sociais, estejam escancarados para todos, assim como a chance equitativa de ser acessível a todos.

Depreende-se que "a injustiça se constitui, então, simplesmente de desigualdades que não são vantajosas para todos".[279]

Rawls apresenta o princípio da eficiência, também denominado "otimalidade de Pareto", para explicar que não pode funcionar isoladamente como concepção de justiça.[280] É nesse momento que entra em cena o princípio da diferença que assume feição "fortemente igualitária no sentido de que, se não houver uma distribuição que melhore a situação de ambas

---

[277] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 102.

[278] RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação cit., p. 60.

[279] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 75.

[280] "O princípio afirma que determinada configuração é eficiente sempre que é impossível modificá-la para melhorar a situação de algumas pessoas (pelo menos uma) sem, ao mesmo tempo, piorar a situação de outras pessoas (pelo menos uma). Assim, a distribuição de um estoque de mercadorias entre certos indivíduos será eficiente se não houver uma redistribuição desses bens que melhore as circunstâncias de pelo menos um desses indivíduos sem que outro seja prejudicado" (Ibidem, p. 86).

as pessoas [...], deve-se preferir uma distribuição igualitária".[281] Nesse contexto, "por mais que a situação de uma das pessoas melhore, do ponto de vista do princípio da diferença não há ganho algum, a não ser que a outra pessoa também ganhe".[282] O princípio da diferença exprime uma relação de reciprocidade, de benefício mútuo e, em razão disso, exige que, "seja qual for o nível geral de riqueza – seja ele alto ou baixo –, as desigualdades existentes têm de satisfazer a condição de beneficiar os outros tanto como a nós mesmos".[283]

No próximo capítulo, trataremos da racionalidade na formulação dos protocolos de saúde, assim como dos critérios a serem sobrepesados no exame de proporcionalidade, especialmente no tocante ao princípio da universalização, o que reflete a aplicação prática dessa teoria no objeto ora estudado.

2.21 Considerações finais

No decorrer deste capítulo, ficou consignado que a norma jurídica consiste no conteúdo extraído de um enunciado normativo decorrente de atividade interpretativa racional. São espécies desse gênero as regras e os princípios, que se distinguem a partir de grau de abstração ou generalidade, de determinação nos casos concretos, entre outros elementos.

As regras se aplicam por uma atividade de subsunção e, em hipótese de conflito, socorre-se dos critérios de solução de antinomias.

Os princípios são mandados de otimização, portanto realizáveis na medida resultante das possibilidades fáticas e jurídicas. E assim se definem porque consideram os princípios colidentes, de modo a salientar as possibilidades jurídicas. Em perspectiva diversa, isto é, de desconsideração das possibilidades jurídicas, tratar-se-ia, em verdade, de mandados de maximização, quando presentes apenas as possibilidades fáticas.

A abertura do sistema de direitos fundamentais é essencial para a oxigenação do próprio sistema, levando em conta, ainda, as modificações sociais sucessivas. Essa abertura pode ser observada pelo reconhecimento dos princípios como espécie de norma jurídica, da relevância da dignidade da pessoa como elemento estruturante do Estado constitucional, da concretização legislativa, da aplicação judicial do direito, de cláusula expressa, normas internacionais e revisão constitucional, assim como pela textura aberta do direito.

---

[281] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit., p. 91.
[282] Ibidem, p. 91.
[283] RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação cit., p. 91.

Embora essa abertura amplie a atuação do Poder Judiciário e limite a atividade legislativa, carregue-se em mente que a atividade jurisdicional somente será legítima se operada como recurso direto à Constituição, sendo vedada a criação de direitos novos. Dessarte, impõe-se o ônus de limitação entre os poderes estatais.

A dimensão objetiva, em sua eficácia dirigente, exalta valores constitucionais que impõem um dever geral de obediência à concretização que vincula o legislador, administrador público e Judiciário. A eficácia irradiante estabelece bases e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional.

No âmbito da vinculação dos poderes, a eficácia vertical direciona o tema para a exigência direta do indivíduo para que o Estado concretize direitos fundamentais. Quanto ao Judiciário, deve atuar na defesa dos direitos e interesses juridicamente protegidos por meio do processo justo, bem como no âmbito de fiscalização nas hipóteses de desconformidade da lei com normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias.

Entendendo-se como titular do direito fundamental aquele que figura no polo passivo da relação *jusfundamental,* a temática atrai o exame do princípio da universalidade, pelo qual todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, admitida a distinção por obra do princípio da igualdade.

As funções dos direitos fundamentais de prestação social e de não discriminação estão intimamente conectadas. São relevantes para esta pesquisa no sentido da exigência de prestações materiais em tema de saúde que abrange a universalidade de pessoas e de coberturas, como será desenvolvido no capítulo pertinente à saúde como direito social.

Os direitos à prestação visam a ampliar o campo jurídico do indivíduo, minorando desigualdades, a fim de atender necessidades e proclamar o bem-estar social. Referem-se à vinculação às funções sociais do Estado social e estão relacionados com a grandeza econômica da sociedade em que a Constituição é aplicada, isto é, à distribuição de riquezas.

Para se revelar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é imperiosa a adoção da tese do suporte fático amplo porque abrangente de variedade mais ampla de situações, assim como de maior extensão da intervenção legislativa. Essa opção pode gerar quantidade superior de colisões, que, no entanto, podem ser solucionadas a partir da proporcionalidade, considerada como um dos limites dos direitos fundamentais, assim como a intangibilidade do núcleo essencial.

Entretanto, o conteúdo essencial do direito clama pela adoção de um conceito relativo, visto que é o mais apropriado para se harmonizar com a proporcionalidade. A harmonia provém do entendimento de que o conteúdo essencial, composto pela dignidade da pessoa e, por consequência, do mínimo existencial só tem razão de existir como fruto do exercício da proporcionalidade, ou seja, como resultado da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, significando a regra final de aplicação.

A proporcionalidade consiste, por um lado, na proibição do excesso e, por outro, na proibição de proteção deficiente e representa um dos limites dos limites dos direitos fundamentais. Tem como função a estruturação da fundamentação de validade das normas *jusfundamentais.* Sua análise perpassa pelos subprincípios da adequação ou idoneidade, necessidade ou indisponibilidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação.

A adequação corresponde à análise de capacidade que o meio escolhido tem para fomentar o fim constitucional, ou seja, trata-se de uma relação do meio legislativo e seu fim.

A conclusão sobre a legitimidade do fim é feita por um juízo de razoabilidade, com íntima conexão com a igualdade, e não a arbitrariedade. A Constituição é instrumento suficiente de legitimação do fim. Afirma-se a livre competência do legislador para propor qualquer fim não vedado pela Constituição. Os fins podem ser classificados em mediatos (princípios constitucionais) e imediatos, que significam o estado de coisas no plano fático e jurídico a ser alcançado com fulcro no fim mediato. Na vedação do excesso, a aplicação da proporcionalidade a esse estado de coisas consiste no maior grau de cumprimento possível, ao passo que, na vedação de proteção insuficiente, implica resguardar o princípio relevante para que sofra a menor restrição possível.

O nexo entre o meio e fim imediato é gradual e fático. Essa relação pode ter maior ou menor intensidade. Na versão mais forte, será idônea a medida legislativa que mais contribuir em eficácia, rapidez e segurança para obtenção do fim, portanto é a que mais o realiza. Na versão fraca, a medida que de qualquer modo contribua para sua realização, com qualquer fim legislativo, com qualquer grau de eficácia, rapidez, plenitude e segurança, será considerada.

Nesta pesquisa, adota-se a versão fraca porque mais consentânea com a teoria dos direitos fundamentais, visto que permite que todas as razões normativas, analíticas e empíricas que concorrem a favor e contra a medida sejam consideradas.

Será inidônea qualquer medida legislativa que de nenhum modo contribua para a obtenção do fim imediato. Essa inidoneidade deve ser comprovada por um conjunto de

premissas empíricas, com base nos conhecimentos científicos da época em que lançada a medida, na perspectiva do legislador. Na seara jurisdicional, o exame segue maior rigor, porque lastreado nos conhecimentos científicos disponíveis no momento do ajuizamento. A medida será declarada inidônea desde sua edição se fosse possível prever sua inaptidão para promover o fim imediato.

O princípio da proporcionalidade, nessa primeira fase, observa três tipos de intensidade de controle. No controle de evidência, há maior liberdade de atuação do legislador e um lato grau de contenção do juiz. No controle substancial intensivo, há maior liberdade para o juiz e menor para o legislador em razão da carga argumentativa a favor dos direitos e contra as decisões legislativas. O controle de intensidade intermediária situa-se entre ambos.

A tese da versão fraca do subprincípio da idoneidade adotada nesta pesquisa melhor se coaduna com o controle de evidência.

A avaliação das incertezas sobre premissas empíricas deve ocorrer no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito.

No subprincípio da necessidade, o exame se dirige ao benefício que a medida de intervenção pode conferir ao direito fundamental, ao se considerarem todas as medidas de igual idoneidade para o alcance do fim pretendido. É realizada uma comparação entre a medida legislativa e outros meios alternativos, e é requisito essencial a existência de pelo menos um meio alternativo. Nessa fase, analisa-se se a idoneidade do meio alternativo para entender sua equivalência e maior eficácia. O meio alternativo precisa intervir no direito fundamental atingido na menor intensidade possível. Afastam-se, pois, os meios alternativos não realizáveis por impossibilidade técnica ou custos exorbitantes.

Será considerado mais benéfico, do ponto de vista empírico, o meio alternativo que afetar o direito fundamental com menor eficácia, de modo menos duradouro e com menor probabilidade a norma ou posição jurídica *prima facie* objeto da intervenção do legislador e em menos aspectos relativos ao bem protegido. A prova desse benefício é de caráter analítico e normativo.

Também na análise desse princípio leva-se em consideração o controle de evidência.

Na última fase, a proporcionalidade em sentido estrito conduz à comparação entre a importância do direito fundamental e a realização do fim perseguido pela intervenção; à comparação entre a maior importância da realização do fim sobre a importância da intervenção

no direito fundamental, construindo, enfim, uma relação de precedência condicionada entre o direito fundamental e o fim legislativo.

Os benefícios da intervenção devem compensar o sacrifício suportado pelos titulares do direito fundamental e da sociedade.

A intensidade da intervenção é medida por uma perspectiva analítico-normativa e empírica, assim como a intensidade de realização do fim, segundo critérios concretos de circunstâncias locais e do caso concreto.

Nesta última vertente, também se alça um controle de evidência.

Passando à proporcionalidade como vedação de proteção deficiente, pode-se concluir que a estrutura é semelhante à proibição de excesso, ou seja, atribuição *prima facie* a um direito fundamental de posição da proteção afetada e a ato legislativo como uma intervenção sobre esse direito, bem como os subprincípios da idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Todos os elementos mantêm semelhantes exigências da proibição do excesso, ressalvadas as pontuações a seguir.

A posição atribuída *prima facie* a um direito fundamental impõe ao legislador um dever de atuação, isto é, de realizar a posição *jusfundamental* na maior medida possível. Com relação à intervenção legislativa, o objeto de controle trata-se da omissão legislativa ou da norma legal insuficiente para proteger ou proteger de modo insuficiente a realização do direito na maior medida possível. Ademais, a norma legal insuficiente ou a omissão legislativa não é idônea para proteger a norma ou posição na maior medida possível.

Inexistirá, pois, uma causalidade positiva ótima entre a intervenção e o direito fundamental, visto que não conduzirá a realização do direito fundamental na maior medida possível.

Será inidônea a omissão ou norma deficiente que não favorecer a realização de um fim legislativo constitucionalmente legítimo. Ao contrário, será idônea quando colaborar na maior medida possível para a realização de seu fim.

A omissão ou norma deficiente será desnecessária quando existir outra abstenção ou medida legal alternativa que favoreça a realização do fim imediato com a mesma intensidade ou mais favoreça a realização do direito fundamental.

As exigências da proporcionalidade em sentido estrito não serão observadas quando a omissão ou a noma não proteger o direito fundamental na medida ótima em razão de o grau do

favorecimento do fim legislativo ser inferior ao grau de não realização do direito fundamental de proteção.

Assumiu-se a dignidade da pessoa humana como condição jurídica balizadora da proporcionalidade, e não como seu conteúdo essencial absoluto; no máximo, condiz com o conceito de conteúdo essencial relativo, implicando a regra resultante da atividade racional, assim como o mínimo existencial. Quer dizer, a dignidade da pessoa será apurada em cada caso concreto mediante as situações fáticas. Também é por essa razão que se entendeu que a dignidade pressupõe a igualdade fática.

Conclui-se assim que dignidade e igualdade são conceitos complementares e interdependentes.

A separação dos poderes ostenta natureza instrumental, de modo que não é obstáculo para tutela judicial referente a prestações materiais, o que, contudo, não significa liberdade para o Poder Judiciário fixar políticas públicas ou decidir subjugando a escolha política dos cidadãos e seus representantes.

É possível a coexistência harmônica entre a separação de poderes e a dignidade da pessoa ao se considerarem os recursos financeiros para a realização de direitos sociais. A ausência de recursos impedirá a prestação material por mais clara e precisa que seja a norma. Quando de qualquer modo não houver recursos, tratar-se-á de reserva do possível fática. Será jurídica quando ausente autorização orçamentária para tanto.

A igualdade fática pressupõe o reconhecimento de uma razão suficientemente racional para o tratamento desigual. O mínimo existencial somente pode ser objeto de apuração mediante comparação.

Sob a ótica de promover a igualdade, o Judiciário não pode intervir nas competências legislativa e executiva.

Na investigação do adequado tratamento igual ou desigual, colacionam-se três critérios: a) a escolha do discrímen, que deve decorrer da pessoa, da coisa ou da situação; b) a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação pretendida; c) na consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.

Essa operação lógica racional deve se operar na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

3 DO DIREITO À SAÚDE

3.1 Das considerações iniciais

Este capítulo se ocupará da aplicação da teoria dos direitos fundamentais no específico campo da saúde pública. Será construído revolvendo-se temas anteriormente desenvolvidos sobre a teoria dos direitos fundamentais com acréscimos e observações específicas, de modo que sua leitura adequada recomenda a junção do conteúdo prévio dos demais capítulos.

Tratar-se-á prefacialmente dos direitos fundamentais sociais, suas dimensões subjetiva e objetiva e respectiva multifuncionalidade. Então, investigar-se-ão as dimensões positiva e negativa dos direitos sociais para conseguinte análise dos direitos originários e derivados, assim como da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Em seguida, passa-se ao estudo da reserva do financeiramente possível, à reserva de lei à administração de prestações, aos princípios da progressividade dos direitos sociais e vedação ao retrocesso social, com destaque para a influência da Emenda Constitucional 86/2015 e sua inconstitucionalidade – posição assumida – para o desenvolvimento desta pesquisa.

A dignidade da pessoa no âmbito dos direitos sociais será enunciada na sequência consoante o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, salientando a premissa de verificação da proporcionalidade no âmbito da saúde, qual seja, a colisão entre dignidade de um e de terceiro.

Colaciona-se a teoria consequencialista no exame da proporcionalidade na hipótese de omissão estatal a fim de justificar sua não adoção neste trabalho.

O estudo da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais soma-se ao tema da justiciabilidade dos direitos fundamentais, reforçando a imediatidade dos direitos fundamentais.

Na sequência, trata-se da metodologia jurídica e da interpretação constitucional de Karl Larenz que defende critérios que sustentam a unidade e a concordância funcional do sistema no sentido de garantir a estabilidade da Constituição. A escolha se deve ao fato de incutir uma análise sistêmica em matéria de interpretação, com respeito às escolhas previamente definidas no texto. Transporta-se então para o estudo dos princípios de interpretação constitucional.

Inicia-se a partir deste ponto uma investigação histórica das Constituições brasileiras em matéria de saúde pública até o advento da Constituição da República de 1988. Dada a

inovação advinda na esfera de competência executiva e legislativa, destrincham-se as modificações no âmbito da saúde.

Neste momento, cumpre-se o compromisso de identificar a racionalidade dos protocolos do SUS, com foco nas interações normativas e, a seguir, a omissão estatal no tocante à vindicada atualização desses protocolos.

Pela harmonia estrutural da pesquisa, ingressa-se no exame de proporcionalidade no âmbito do direito fundamental à saúde, com proposição de pesos aos critérios empírico-normativos discriminados.

Por fim, é realizado um estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria de saúde e sua revisão crítica no intuito de demonstrar sua influência e inter-relação com o objeto pesquisado.

3.2 Direitos fundamentais sociais

Em capítulo próprio, ficou consignado que os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestação positiva consistente em um *facere* ou em uma ação positiva a cargo dos poderes públicos.

Compreendem-se como pressupostos de direitos fundamentais a capacidade econômica do Estado, o clima espiritual da sociedade, o estilo de vida, a distribuição de bens, o nível de ensino, o desenvolvimento econômico, a criatividade cultural, as convenções sociais, a ética filosófica ou religiosa, condicionando a existência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Somem-se os elementos estruturais e os elementos configuradores dos direitos econômicos. No primeiro grupo, enquadram-se a dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade. No segundo grupo, extrai-se a diversidade de perspectiva e do modo de consolidar juridicamente os direitos sociais dentro de um catálogo constitucional ou quando não há o enquadramento político-constitucional e, por consequência, a positivação constitucional dos direitos sociais.[284]

Os direitos sociais veiculam-se por políticas públicas orientadas pelo princípio da solidariedade social. Por conseguinte, compreende-se como política de solidariedade social "o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade social e, agora, a Comunidade

[284] O conceito é de J.J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 473-474).

Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito económico, social e cultural".[285]

Talvez o problema de maior discussão doutrinária e jurisprudencial no âmbito dos direitos sociais resida na competência ou nos limites da separação de poderes no sentido de discriminar a quem se incumbe a fixação do comando normativo definitivo, assim como a fixação do conteúdo e alcance.

O assentimento ao fundamento *supra* reporta a uma análise socioeconômica, portanto, de capacidade de disposição e acesso de pessoas a bens mediante os meios legais presentes na sociedade diante dos elementos coletivamente estruturantes, abstraindo-se a consideração individual das disposições jurídicas e recursos financeiros.

Argumentos financeiros ou orçamentários incluem-se na competência do legislador. Nessa perspectiva, é vedado outorgar competência material para definição de política econômica, social ou cultural aos tribunais porque se incorreria em violação ao princípio democrático e de separação de funções. A reserva do financeiramente possível será desenvolvida em outro tópico.

Conclusão diversa advém da realização de um direito, especialmente após o exame de proporcionalidade indicar o direito subjetivo aplicável ao caso concreto. É dever constitucional do Poder Judiciário incrementar o modo e em que medida um direito previsto constitucionalmente será exercido quando seu fundamento for extraído diretamente da Constituição – direitos originários.

A vedação da atribuição de competência material aos tribunais revela um importante parâmetro de verificação no exame de proporcionalidade. Como será desenvolvido adiante, o fornecimento de medicamento ou tratamento não previsto na política pública de saúde passará pelo crivo da proporcionalidade. Um dos critérios a serem observados nesse procedimento é o valor máximo da tabela dos fármacos e tratamentos previstos nas relações de medicamentos e de ações e serviços de saúde.[286]

Com o intuito de cumprir o programa constitucional traçado para a saúde pública, o princípio da universalização adquire peso maior no exame de proporcionalidade. Considerando que as relações de medicamentos e tratamentos de saúde são elaboradas a partir de critérios técnicos, atentando-se também para o custo-benefício, na apreciação do caso concreto, o Poder

---

[285] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 519.

[286] Relações nacional, estadual e municipal de medicamentos e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde.

Judiciário deve observar o valor máximo das tabelas. Dessa forma, ao reconhecer um direito subjetivo a certa prestação de saúde, mantém-se a coerência com a política pública levada a cabo pelos demais poderes. De acordo com Karl Larenz,[287] adiante mencionado, a interpretação constitucional é sistêmica e deve sobrelevar a unidade da Constituição, cumprindo-se sua função estabilizadora.

Ademais, como salientado no capítulo anterior, quanto maior a certeza empírica, menor se mostra o âmbito de controle judicial. Por conseguinte, ao estabelecer o valor máximo das tabelas elaboradas pelos gestores de saúde, o Judiciário, quando da apreciação do caso concreto em que se postular providência não constante dos protocolos de saúde, assente com um critério técnico de custo-benefício, colabora para a universalização das prestações de saúde, como juridicamente determinado pela Constituição.

As normas constitucionais de direitos sociais condicionam a interpretação das normas legais consoante a constituição social, ou seja, a ordem social nela estabelecida. A inércia do Estado na efetivação, especialmente quanto à criação de condições materiais para tanto, pode conduzir à inconstitucionalidade por omissão. Essa inconstitucionalidade por omissão pode ser absoluta ou parcial. O tema ainda será abordado nos tópicos seguintes, inclusive acerca do controle judicial na hipótese.

Os direitos sociais ostentam um relevante pilar de fundamentação: a gradualidade de realização. Aprofundaremos o assunto no tópico atinente ao princípio da progressividade e da proibição de retrocesso. Por ora, trataremos da virada da lógica dirigente para outra diretora, consoante reflexões de J.J. Gomes Canotilho.[288]

A Constituição abdica do papel de norma dirigente para assumir a postura de uma noma diretora, compreendendo-se o comando dirigido à conformação, regulação, alteração intencional e finalística de situações políticas, econômicas, sociais e culturais por meio dos instrumentos jurídicos.[289] Englobam-se nesse conceito os vários meios de direção paralelamente ao direito como mercado, finanças e organizações, bem como variados atores sociais, promovendo um sistema de interação social entre os atores individuais e coletivos. Para o jurista português, os esquemas de racionalização de prestações sociais no âmbito dos direitos

---

[287] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

[288] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais.* São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

[289] O conceito é de J.J. Gomes Canotilho (Ibidem, p. 258).

sociais, com destaque para a saúde, clamam pelo arranjo jurídico-dogmático da constituição social diretora.

Nesse caminho, a introdução de boas práticas que possibilitem o controle, como mecanismos de *governance* e de *accountability*, ocupa posição superior nessa estrutura, com ênfase nos serviços de saúde. Canotilho sobrepõe ainda a imperativa relevância de observar padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas como forma de dar efetividade à direção normativo-constitucional do direito fundamental à saúde.[290]

Nos tópicos seguintes, serão abordados temas atinentes ao direito fundamental à saúde.

3.2.1 Das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos sociais

Os direitos sociais ostentam uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Na perspectiva subjetiva, refere-se ao direito público subjetivo como resultado do exame de proporcionalidade, conforme defendido nesta pesquisa.

Na objetiva,[291] fulguram as imposições legiferantes e o fornecimento de prestações aos cidadãos com o fito de densificar a dimensão subjetiva essencial dos direitos e executoras do cumprimento de imposições institucionais.

A dimensão objetiva ultrapassa a perspectiva subjetiva no tocante à posição jurídica individual. Representa uma *mais-valia*[292] no sentido de um reforço de juridicidade das normas de direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva também se apresenta no aspecto axiológico, significando a ordem de valores fundamentais da comunidade. Por essa razão, a eficácia dos direitos fundamentais dirige-se tanto à pessoa individual como à sua posição perante o Estado, ou seja, como uma pessoa integrante de uma sociedade.

3.2.2 Da multifuncionalidade dos direitos sociais

Em razão da multifuncionalidade, os direitos fundamentais devem ser compreendidos de modo sistêmico. A realização desses direitos não prescinde da institucionalização da ordem

---

[290] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais* cit., p. 264.

[291] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 476.

[292] A expressão é de Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 150).

jurídica, assim como da decisão política dos órgãos governamentais. Vindicam, outrossim, a implementação da ordem social calcada na justa distribuição dos bens, alcançável tão somente mediante a progressiva construção.

Jorge Reis Novais aponta três deveres estatais a serem observados no âmbito dos direitos sociais: a) dever de respeitar; b) dever de proteger; c) dever de realizar.[293]

De acordo com o jurista português, o dever de respeitar indica um dever de abstenção, de não interferência nas esferas de autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais, o que não afasta o dever de atuar positivamente. Agrega também a obrigação de respeitar o acesso individual a bens protegidos, ou seja, trata-se de uma obrigação de não se imiscuir nesse acesso e de não o afetar negativamente e de se abster de intervir nas possibilidades e capacidade de acesso que o particular detém.[294]

O dever de proteger os direitos fundamentais reside no monopólio da força pelo Estado para proteção geral à vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares. Novais acrescenta que, diante da sociedade de risco, o dever de proteção toma assento também contra contingências ou eventualidades naturais, catástrofes, riscos tecnológicos, atividades perigosas ou de consequências desconhecidas ou incertas, que ameacem ou afetem o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos.[295]

No tocante ao dever de promoção dos direitos fundamentais, o Estado é compelido a promover o acesso, principalmente daqueles que não dispõem de condições para um acesso igualitário e efetivo. Sói afirmar que o cerne desse dever está intimamente conectado com o dever estatal de prestações fáticas de promoção de acesso a bens sociais.[296]

3.2.3 Das dimensões positiva e negativa dos direitos sociais

No cerne do debate entre direitos negativos e positivos, ganhou força o entendimento de que os direitos sociais se apresentariam na forma positiva, ao passo que os direitos de liberdade ostentariam a forma de um direito negativo. No capítulo anterior, anotamos as críticas doutrinárias sobre essa classificação. Revolveremos o tema.

---

[293] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

[294] Ibidem, p. 259.

[295] Ibidem, p. 259.

[296] Ibidem, p. 262.

Partindo do supramencionado entendimento, a violação dos direitos negativos seria identificada objetivamente no mero confronto do fato com a previsão normativa. Na hipótese dos direitos positivos, a violação somente seria determinável objetivamente se o ato devido fosse indubitavelmente preciso, concreto, único e de realização sindicável em tempo certo, de modo que o controle judicial e a respectiva justiciabilidade serão incertos, visto que a desejável precisão depende do legislador, e não do juiz.

Alguns pontos devem ser elucidados.

Os direitos de natureza positiva miram a realização da igualdade material especificamente quanto à participação do povo na distribuição das riquezas. Por outra via, a dimensão negativa dos direitos sociais concebe que o objeto da prestação não pode ser imposto ao titular do direito.

No campo dos direitos sociais como direitos positivos, relevam-se os efeitos jurídicos extraídos da norma constitucional de garantia do direito, independentemente de conformação legislativa. Em tema de dimensão negativa dos direitos sociais, sobressaem os efeitos jurídicos decorrentes dos deveres do Estado de promover o acesso individual aos bens protegidos, isto é, da defesa negativa do acesso individual às prestações fáticas previamente garantidas, assim conectados aos deveres estatais, consoante Jorge Reis Novais:[297] a) dever de respeito do acesso individual a bens sociais adquirido por meios e recursos do próprio titular do direito; b) dever de proteção estatal do acesso individual aos bens protegidos pelos direitos sociais contra ameaças de outros particulares.

Segundo Jorge Reis Novais, na clássica dimensão negativa de um direito de defesa, postula-se do Estado uma omissão de intervenção, ao passo que, em um direito positivo, impõe-se um dever de atuação suscetível de concretização a partir de múltiplas ações, dependendo de uma avaliação de ponderação e concordância prática e concreta entre valores e juízos de prognose sobre as medidas a tomar.[298] Aduz, no entanto, que, em termos estruturais, inexiste divergência entre a densidade de controle de um direito negativo na perspectiva de um direito de liberdade ou um direito social.

Por conseguinte, na omissão do Estado, constatada a multiplicidade de alternativas de ações de proteção, impende-se ao julgador proceder a um exame complexo de

---

[297] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais cit., p. 312.

[298] Ibidem, p. 132.

proporcionalidade, confrontando-se medidas de natureza e consequências diversificadas. A omissão da prestação social será inconstitucional se for reprovada no exame de proporcionalidade na perspectiva da proteção insuficiente.

Em tema de saúde, Jorge Reis Novais sustenta um amplo espectro de subjetividade sobre "aquilo que se deve fazer, como e quando o deve fazer, abrindo-se uma margem de meios e do tempo para atingir um certo resultado".[299] Será admitida a restrição ao direito fundamental à saúde se exarada justificativa racional para tanto, inclusive no tocante à reserva do financeiramente possível, a ser desenvolvida em tópico próprio.

3.2.4 Dos direitos originários e derivados

No capítulo anterior, tratamos da distinção entre direitos originários a prestações e os direitos derivados. Neste momento, aduziremos o que segue.

Compartilhamos da posição sustentada por diversos juristas[300] de que os direitos fundamentais a prestações são aplicáveis de imediato, sendo irrelevante o modo de positivação e do grau de densidade normativa, porque sempre se revelarão hábeis a gerar efeitos jurídicos. A partir dessa premissa, é desenvolvido o presente tópico sobre direitos originários e derivados.

Direitos originários a prestações dizem respeito à possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à prestação segundo uma norma constitucional independente de mediação legislativa. Nesse enquadramento, não se incluem as posições jurídicas concretizadas pelo legislador pelo instrumento normativo adequado, ou seja, são direitos diretamente aplicáveis independentemente de interposição legislativa. Em virtude dessa premissa, os direitos sociais ostentam uma função não meramente político-programática, como será exposto em tópico próprio neste capítulo, mas sim constitucionalmente vinculante para o Estado e para seus cidadãos.

A Constituição brasileira prevê dispositivos esparsos sobre direitos sociais com delegação à atividade legislativa para integração do conteúdo, ou seja, direitos que já foram concretizados pela legislação mediadora. Não obstante a intensa regulamentação, persiste a

---

[299] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais cit., p. 127.

[300] *V.g.*, SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 292; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.

questão de saber se é possível extrair uma prestação para atendimento ao direito à saúde – tema delimitado nesta pesquisa – diretamente do Texto Constitucional, porque imprescindível certificar se a conformação legislativa atende aos comandos constitucionais e em que medida.

Direitos derivados consistem na posição jurídica advinda de uma previsão normativa fruto do exercício do poder legislador. Os direitos derivados à prestação referem-se à igual participação dos cidadãos nas prestações estatais concretizadas por lei consoante a medida da capacidade presente.

Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que o "objeto dos direitos sociais a prestações dificilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental".[301] Nesse contexto, a gama de direitos sociais expõe uma variação de vínculos em cada tipo de prestação estatal cunhada no ordenamento jurídico. A identificação das várias prestações como objeto dos direitos sociais emana da positivação em cada ordenamento, de tal modo que se rechaça o caráter fechado e restrito de eventual catálogo de prestações. O jurista brasileiro afirma, pois, que os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas se encontram vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, assim como de criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que necessitem.[302]

Tanto para Gomes Canotilho[303] como para Sarlet[304] o direito à saúde amolda-se aos direitos dependentes da atividade mediadora dos poderes públicos. A despeito dessa constatação, Sarlet destaca que dispositivos não integrantes do catálogo ostentam fundamentalidade material por força do artigo 5.º, § 2.º, da Constituição.[305]

No momento em que o constituinte delegou ao legislador a competência concretizadora nos casos de remissão à lei, delimitou a atuação não só do legislador, mas também do gestor público e do juiz.

A intensa intermediação legislativa poderia servir de fundamento para a negativa de uma pretensão de saúde extraída diretamente da Constituição. Paralelamente, também se

---

301 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

302 Ibidem, p. 292.

303 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 478.

304 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit.

305 Ibidem, p. 319.

questiona se diante das necessidades amplas e contingentes da população a legislação seria capaz de se atualizar no mesmo ritmo.

A saúde mantém íntima relação com outros bens juridicamente protegidos como, a título ilustrativo, o meio ambiente, a moradia, o salário mínimo e o direito à vida. A assertiva induz ao pensamento sistêmico para a resposta aos questionamentos alhures enumerados, uma vez que o reconhecimento a um direito originário a prestações oriundo diretamente da Constituição constitui pilar do Estado social. Esse reconhecimento não chancela a noção de que o direito à saúde se refira a qualquer específica pretensão ou gratuidade absoluta do serviço público.

Compartilhando da posição de Ingo Wolfgang Sarlet,[306] a Constituição assegura a todos as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, independentemente da circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação pelo Estado ou a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde.

O exame da proporcionalidade, na modalidade da proibição de proteção deficiente, apresenta-se como método capaz de balancear os pesos de todas as circunstâncias envolvidas no caso concreto, conforme as diretrizes propostas nesta pesquisa.

3.2.5 A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais

Na perspectiva da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, Cristina Queiroz sustenta que mediante um "direito de queixa" ou "reclamação" se pode afirmar um "direito subjectivo" atribuído a determinado titular, como no que concerne à "saúde pública". Normas constitucionais sobre o assunto visam à defesa dos "bens colectivos" implicados, que, como "interesses juridicamente protegidos" ou "bens constitucionalmente valorados", possam fundamentar um "direito subjectivo" a favor do seu titular, a partir de um processo de "subjectivação" de direitos a partir do conceito de "norma de direito objetivo".[307]

A jurista portuguesa assevera que a preservação do "mínimo de existência condigna" é sempre qualificada de "direito subjectivo", porque essa "posição mínima definitiva" não é juridicamente delimitada em abstrato, de modo que se configura como "regra", portanto, um "mandato definitivo". Dessarte, sua forma de aplicação é a subsunção, e não a ponderação em

---

306 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 339.

307 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

razão de o "o conteúdo mínimo" do direito ser fixado independentemente de um processo de ponderação.[308]

Consoante a tese defendida nesta pesquisa, salientamos que, afora a hipótese de a dignidade da pessoa advir de uma regra,[309] o conteúdo mínimo ou mínimo existencial será o resultado do exame de proporcionalidade com relação aos princípios, tal como explanado no capítulo anterior. Não obstante, anuímos à conclusão da jurista quanto à aplicação da regra por subsunção, visto se tratar de um mandado definitivo.

Discorrendo sobre os direitos sociais, Cristina Queiroz assegura que "o espaço de prognose e decisão de que goza o legislador no processo de concretização e realização dos direitos fundamentais sociais não é o mesmo para todos os direitos".[310] No esteio da lição da jurista portuguesa, "o respectivo âmbito ou conteúdo atinge o máximo grau quando a Constituição se limita a enunciar o direito e a impor ao legislador a promoção das condições que o tornem efetivo",[311] tal como ocorre no direito à saúde.

É a Constituição que estatui o âmbito e o conteúdo do direito social, bem como seus correspondentes destinatários. Desse modo, a atuação precedente será sempre do legislador, em seguida do administrador e, por fim, na hipótese de omissão não justificada racionalmente, atuará o juiz.

A proclamação constitucional de um direito e a imposição ao legislador de estabelecer os meios para torná-lo efetivo atraem um dever de conformação da situação garantida, cujo controle se atribui ao Judiciário. Incumbirá ao juiz verificar os parâmetros empregados na conformação da conjuntura constitucionalmente garantida, de modo que a atividade judicial se circunscreverá ao controle da finalidade constitucionalmente garantida, portanto mais restrita.

Para o Tribunal Constitucional de Portugal, na ausência de previsão legislativa, é vedado ao Judiciário intervir na hipótese, visto que lhe caberia apenas declarar a ocorrência da omissão, dando conhecimento ao órgão legislativo competente, findando-se, então, o controle judicial.[312]

---

[308] QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade cit.

[309] De acordo com Virgílio Afonso da Silva (*Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia cit.), a dignidade da pessoa pode assumir a estrutura de regra ou princípio, observando o método de aplicação específica de cada um.

[310] QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade cit., p. 75.

[311] Ibidem, p. 75.

[312] Ibidem, p. 77.

Discordamos da tese de acordo com o que se apresenta pelo ordenamento jurídico brasileiro em matéria de saúde pública.

Assim, no Brasil, o direito à saúde é exaustivamente regulado pela Constituição, legislação infraconstitucional e atos infralegais, em adequada atuação legislativa e administrativa do ponto de vista da regulamentação. Diante desse reconhecimento, cumpre exaltar que a atuação judicial se deve pautar por esses parâmetros estabelecidos previamente pelos demais poderes a quem compete substantivar o direito à saúde previsto expressamente no Texto Constitucional. Dessarte, no controle de conformação a ser exercido pelo Judiciário, não há óbice na determinação para atendimento do direito constitucionalmente garantido, desde que se proceda em conformidade com as diretrizes previamente formuladas pelos demais poderes. Em nosso entendimento, somente o agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador e pela Administração Pública é que estará eivado de vício por afrontar a separação de poderes.

Em sentido semelhante, Canotilho defende o controle judicial das omissões, exaltando a necessidade de verificação da atuação legislativa socialmente densificadora dos direitos sociais, que se pauta por critérios reais de realização gradual, e não por meros indicadores de iniciativas legislativas, bem como pela necessidade de controle jurídico de razoabilidade fundado no princípio da igualdade.[313]

Quando os direitos sociais vierem veiculados em norma-princípio, detêm apenas um caráter *prima facie* de justiciabilidade. Cristina Queiroz aduz que a dificuldade de controle judicial não se mostra na ambiguidade ou vagueza do respectivo conteúdo, mas "na existência de recursos societários limitados ou na extrema dificuldade em garantir, com efectividade, que direitos dessa natureza possam vir a ser respeitados na prática".[314] Adiciona a premissa de que a implementação e a concretização dos direitos fundamentais sociais implica uma política de distribuição de recursos disponíveis agregada às políticas setoriais correspondentes. A despeito de carência de vocação do Poder Judiciário para tanto, incumbe-lhe o "poder de fiscalizar o sistema de 'prioridades' concretamente fixado pelo legislador constituinte".[315]

A atuação do legislador para conformação dos fins condiciona-se ao quadro normativo desenhado pela Constituição, permanecendo a competência dos órgãos de controle, em especial do Poder Judiciário, para fiscalizar a execução dos valores constitucionais.

---

313 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 520.

314 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade cit., p. 152.

315 Ibidem, p. 153.

No esteio da lição de Cristina Queiroz:[316]

> É certo que na concretização dos direitos fundamentais sociais o legislador detém a precedência, ainda que sob controle dos tribunais de justiça constitucional. De contrário, ao negar a participação dos tribunais e do poder judicial, os direitos quedariam como "normas programáticas", simples "programas políticos", "apelos ao legislador", sem qualquer grau de vinculatividade jurídica. O que se afirma não é que os tribunais devam "concretizar" direitos, mas apenas que a esses direitos deve ser reconhecido um determinado nível de justiciabilidade, e não apenas em situações mínimas de extrema necessidade. Ao mesmo tempo ao órgão de controle exige-se-lhe que respeite as "decisões razoáveis" tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do "Estado de Direito" e o princípio da "separação de funções".

Em outro tópico será desenvolvido o tema da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais a fim de integrar a abordagem da justiciabilidade dos direitos fundamentais.

3.3 A reserva do financeiramente possível

Jorge Reis Novais apregoa que, "se a dimensão de realização constitucionalmente devida do direito em causa na situação concreta depender das disponibilidades financeiras do Estado, então essa pode constituir uma razão/causa de justificação suplementar da necessidade constitucional da restrição do direito".[317]

Conquanto o dever de respeitar o acesso individual aos bens juridicamente protegidos não implique recursos financeiros, outra conclusão advém no que diz respeito aos deveres de proteção e promoção que não prescindem da análise dos custos financeiros para a realização das prestações fáticas impostas ao Estado.

Partindo da noção de escassez moderada de recursos de Rawls, a obrigação de prestação material condiciona-se às disponibilidades financeiras do Estado.[318] A afirmativa conduz ao reconhecimento da dependência da responsabilidade do legislador na confecção do orçamento. Não obstante, a premissa deve ser lida com parcimônia e de modo sistemático, especialmente

---

316 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade cit., p. 153.

317 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais cit., p. 316.

318 Segundo Novais, "nunca há dinheiro porque há sempre múltiplas necessidades prementes com cuja satisfação o Estado se debate, há sempre outras necessidades básicas para onde deslocar os recursos requeridos pela prestação em causa, mas também, em contrapartida, há sempre dinheiro porque é sempre possível desviar para essa prestação disponibilidades residuais ou inicialmente afectadas a outros fins. Daí a enorme pressão política, mas também jurídica, que envolve a alocação dos fundos públicos" (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais cit., p. 115).

no tocante ao dever de progressiva realização, ou seja, o Estado é compelido a construir as bases para a progressiva implementação das prestações materiais.

Nessa senda, não pode se abster de buscar alternativas para a ampliação da base de financiamento ou trabalhar para a estagnação ou redução do financiamento. Agindo dessa forma, ofende frontalmente a sistemática dos direitos fundamentais e, por conseguinte, expande o âmbito de controle judicial, conforme se pretende demonstrar no tópico dedicado aos princípios da progressividade e vedação ao retrocesso social. Se, contudo, o Estado comprova o esforço orçamentário para acrescer o financiamento, o âmbito de controle judicial é reduzido.

Novais sustenta que a alegação de dificuldades financeiras pode se mostrar justificável para restringir o direito ao acesso aos cuidados de saúde nos serviços públicos. Por se tratar de um direito fundamental, a restrição precisa ser justificada em base constitucional expressa, bem como pela necessidade de realização ou prossecução de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica.[319] Aduz, no entanto, que essa possibilidade, independentemente do peso atribuído, não pode recusar o seguinte:

> (i) primeiro, a limitação do acesso individual aos cuidados de saúde até então garantidos nos serviços públicos é uma restrição a um direito social e, logo, a um direito fundamental;
> (ii) segundo, ela pode ser ou não inconstitucional, dependendo do controlo de constitucionalidade que sobre ela venha a incidir; e,
> (iii) terceiro, esse controlo é um controlo de constitucionalidade de restrição a direito fundamental e, portanto, deve ser dogmaticamente enquadrado e realizado enquanto tal.[320]

A realização dos direitos sociais atinentes à reserva do possível e a relação entre legislador e juiz cingem-se ao problema da competência orçamentária e separação de poderes. Contudo, divergimos parcialmente da premissa levada a cabo por Jorge Reis Novais.[321]

Nesta pesquisa, no exame de proporcionalidade, a reserva do financeiramente possível deve ser analisada tanto como condicionante fática – ausência de recursos quanto como

---

[319] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais cit., p. 316.

[320] Ibidem, p. 316.

[321] A posição ora assumida diverge daquela posta por Jorge Reis Novais. Para o autor português, "ao juiz nem cabe apurar se há ou não recursos disponíveis (em certo sentido, e relativamente a uma prestação em concreto, há sempre recursos desde que disponibilizados mediante correspondente decisão financeira do poder político), nem lhe cabe proceder à definição de prioridades de distribuição de recursos. No entanto, já entra na sua esfera funcional apreciar se a dificuldade financeira alegada pelo poder político é suficientemente relevante, do ponto de vista do interesse público, para afastar ou fazer ceder a pretensão individual, e se o procedimento a ser seguido pelo poder político para chegar à decisão de prioridades, bem como a respectiva fundamentação, não merecem censura jurídico-constitucional, controlos esses a que, do outro lado da questão, não é indiferente a importância ou premência de realização do respectivo direito social" (Ibidem, p. 117).

condicionante jurídica – ausência de previsão ou autorização orçamentária. A análise judicial, então, circunscrever-se-á à atuação estatal para progressiva implementação do direito social, mormente no que diz respeito às condições materiais.[322]

Quanto maior o esforço do Estado para ampliação de suas condições financeiras para realização dos direitos sociais, menor será a intensidade do controle judicial sobre a conformação.

Incumbe ao Estado o ônus de comprovar a adequada realização dos recursos financeiros previstos no atendimento das políticas de saúde, assim como demonstrar a progressiva implementação das condições financeiras para atingir a universalização das ações e serviços de saúde.

No exercício do controle judicial, as prioridades eleitas pelo legislador e pela Administração Pública externadas nos protocolos de saúde, construídos racionalmente, são objetos de valoração relevantes para o juiz. É a partir dessa visão que se propõe o valor máximo das tabelas do SUS como parâmetro para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não incluídos nas políticas públicas, quando for o caso, o que significa ainda respeito à decisão política tomada pelos demais poderes na alocação dos recursos com base em critérios empíricos, como se pretende demonstrar no tópico pertinente.

3.4 A reserva de lei e a administração de prestações

Gomes Canotilho defende que, "quando as prestações representam, simultaneamente, uma vantagem para uns cidadãos e um encargo para outros elas devem ter fundamento na lei sobretudo quando se trata de decisões estruturais sobre fundos públicos".[323] O fundamento reside na garantia de igualdade material e no princípio da reserva da lei para concretização dos direitos fundamentais.

O português assevera que no domínio da administração de prestações ressoam discriminações ideológicas, políticas e sociais ainda pendentes de procedimentos sólidos de controle. Nesse contexto, como exigência do princípio democrático e do Estado de direito, os critérios legitimadores devem ser fixados por lei.

---

[322] A posição assumida condiz com a lição de J.J. Gomes Canotilho em *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 520.

[323] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit., p. 730.

Quanto à reserva de lei para a realização de direitos fundamentais, Canotilho aduz que qualquer realização, efetivação e concretização dos direitos fundamentais têm uma dimensão legal, cumprindo à lei a missão de definir o sentido e o fim das medidas relevantes dos direitos fundamentais.

Transportando para o ordenamento jurídico brasileiro a lição do jurista português, tem-se que o SUS é exaustivamente regulamentado pela sistemática da Constituição, da legislação infraconstitucional e infralegal, refletindo o adequado exercício de competência dos Poderes Legislativo e Executivo na matéria.

Nesse sentido, defendemos neste trabalho que o juiz, ao se confrontar com um caso concreto de demanda de saúde não prevista nos protocolos existentes, deve se pautar pelas diretrizes que os norteiam, conforme se pretende demonstrar no tópico atinente à racionalidade da construção desses protocolos.

Essa posição não contradiz o entendimento também externado de que os direitos sociais detêm o caráter de direito originário, além do caráter de direito derivado. A Constituição da República expõe um catálogo de disposições ao direito à saúde, com expressa determinação e conformação por lei, o que sói acontecer na realidade do SUS. Por esse motivo, eventual demanda de medicamento ou tratamento não previsto nos protocolos não obsta que o juiz se atenha a diretrizes formuladas pela legislação vigente, mormente quando se vislumbra o objetivo de universalizar o atendimento. A universalização recebe peso maior no exame de proporcionalidade conforme exposto no tópico próprio.

No contexto brasileiro, há farta deliberação normativa sobre a questão da saúde pública em conformidade com a lição do jurista português sobre a necessidade de reserva de lei e administração de prestações.

Dessarte, o problema da solicitação de medicamento ou tratamento não incluído nos protocolos de saúde perpassa principalmente pela verificação da atualização das listas e das razões para não inclusão, tema a ser desenvolvido no tópico adequado.

3.5 A progressividade dos direitos sociais e a vedação ao retrocesso social

Em outro momento deste trabalho, discorremos sobre a vedação do retrocesso social e o dever de progressiva efetivação dos direitos sociais. Prosseguiremos.

Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto 591/1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[324] estabelece em seu artigo 5.º que suas disposições não podem ser interpretadas com o objetivo de destruir direitos ou liberdades nele reconhecidos ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

Prevê ainda, no artigo 2.º, a obrigação de cada Estado-Parte adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo a adoção de medidas legislativas.

O preceito é claro quanto ao dever de implementação progressiva dos direitos sociais, em todas as esferas de atuação do Estado. Quando o Brasil ratifica um compromisso social, não se olvide que a obrigação é assumida pela República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e, por conseguinte, por todos os seus poderes, isto é, Legislativo, Executivo e Judiciário. Não só o legislador é obrigado a propor medidas legislativas para materializar os direitos fundamentais, como também o juiz o deve realizar no seu âmbito de competência.

A progressividade de medidas aptas a concretizar direitos sociais, dessarte, é uma imposição irrenunciável ao Estado brasileiro. Essa progressividade é complementada pela eficácia imediata dos direitos fundamentais, de modo que a realização do direito deve ocorrer na atualidade com perspectiva de ampliação – e não de realização – futura.

Decorrência lógica desse preceito encontra-se no imperioso engrandecimento das duas garantias institucionais do SUS, a orgânica e financeira.

A obrigação de implementação progressiva exige medidas concretas que permitam o controle judicial. Trata-se de corolário oriundo da obrigação de não regressão. Essa obrigação implica a melhoria contínua e permanente do exercício do direito à saúde, objeto deste estudo, de modo que ao Estado é vedado reduzir os níveis de proteção, assim como derrogar as garantias ora vigentes. A regulação do direito à saúde não pode escantear as conquistas já alcançadas, sob pena de inconstitucionalidade. O direito à saúde deve ser realizado sempre em melhores condições, e nunca em circunstâncias inferiores.

---

[324] BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

Feita essa digressão, cumpre discorrer sobre as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 86/2015.[325]

A Emenda Constitucional 86/2015 alterou dispositivos do artigo 198 da Constituição da República que tratam do financiamento do sistema único, especificamente quanto aos recursos mínimos a serem utilizados pela União. A modificação determinou a aplicação do percentual de 15% sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro[326] e extinguiu a reavaliação quinquenal por lei complementar do percentual a ser praticado pela União.[327]

Dessume-se verdadeira redução de aplicação de recursos financeiros da União no âmbito da saúde pública. Trata-se de medida juridicamente questionável porque fragiliza o sistema público que necessita de bases financeiras mínimas para garantir o direito fundamental.

Élida Graziane Pinto destaca que se verifica uma

> [...] mitigação tergiversadora das garantias institucionais do direito à saúde, sob encargo do poder público, já que a revogação direta desse direito seria, a toda evidência, não só francamente inconstitucional, como também politicamente impossível. Observa-se uma desconstrução do arranjo orgânico-federativo, bem como um processo avançado de desfinanciamento do SUS.[328]

A Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo aponta condutas e omissões dos entes federados, especialmente da União, que levam ao contexto de precarização do SUS, defendendo a configuração de um "estado de coisas inconstitucional na política pública

---

325 BRASIL. Emenda Constitucional n.º 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm#art1. Acesso em: 22 maio 2022.

326 "Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] § 2.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 86, de 2015.)"

327 "§ 3.º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2.º; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.) I – os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2.º; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 86, de 2015.) II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.) III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.) IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 29, de 2000.) IV – (*Revogado*.) (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 86, de 2015.)"

328 PINTO, Élida Graziane. Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. *Futuros do Brasil*. Disponível em https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28232/2/Elida_Graziane_estado_de_coisas_inconstitucional.pdf. Acesso em: 28 abr. 2019.

de saúde brasileira[329-].[330] No intuito de reverter esse quadro e conferir real eficácia ao direito fundamental à saúde, propõe a reorientação da análise sobre a ineficácia para o campo da *macrojustiça*, abandonando o observatório de demandas judiciais individuais com ampla repercussão orçamentária. Segundo a jurista, a persistência no controle de posições individuais ausentes de respostas pontuais não retroalimenta o planejamento, tampouco corrige os erros da execução orçamentária e da gestão do SUS.[331]

De nossa parte, encampamos a tese defendida por Élida Graziane Pinto. Por subscrever seu entendimento nesta pesquisa, buscamos ofertar argumentos racionais para a construção da decisão em demandas judiciais mediante compreensão e manejo das diretrizes e prioridades do SUS, haja vista que lastreada em fundamentos técnico-científicos. Repise-se que, quanto maior a certeza empírica envolvente de certa medida, menor a intensidade do controle judicial ou de sua discricionariedade.

A alteração dada pela Emenda Constitucional 86/2015 representa ofensa direta aos princípios da progressividade e do retrocesso social porque denota a intenção de estagnar e reduzir o financiamento do Sistema Único, fragilizando, pois, uma de suas garantias institucionais, qual seja, a financeira.

Nessas circunstâncias, no exame de proporcionalidade, deve-se atribuir menor peso à capacidade financeira do Estado, diante do evidente retrocesso social, sem perder de vista que tal entendimento se aplica no contexto de legitimidade passiva da União, conforme defendido nesta pesquisa.

3.6 A dignidade da pessoa no âmbito dos direitos sociais

Em capítulo anterior, discorremos sobre alguns pontos importantes no âmbito da dignidade da pessoa, especialmente suas origens e aspectos evolutivos. Na contemporaneidade, a dignidade pressupõe que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma

---

[329] PINTO, Élida Graziane. Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz cit.

[330] Foi proposta a ADPF 866 pela Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON), que, contudo, foi julgada extinta por decisão monocrática do Relator Ministro Alexandre de Moraes em 19.07.2021, *DJe* 20.07.2021.

[331] PINTO, Élida Graziane. Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira cit.

posição especial no universo,[332] como acentua o Ministro Luís Roberto Barroso, destacando sua dupla dimensão.

Por um lado, tem-se a dimensão interna encarnada no valor intrínseco ou próprio de cada indivíduo; por outro, a dimensão externa representa os direitos e as aspirações do homem e os correlatos deveres de terceiros.[333]

O Ministro do Supremo Tribunal Federal assevera que a dignidade, tal como qualquer direito, não pode ser delimitada de modo absoluto, assumindo a estrutura jurídica de princípio para melhor adequação ao caso que lhe rogar aplicação. Segundo o jurista brasileiro, "a dignidade humana funciona tanto como justificativa moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais".[334]

A dignidade, na vertente assumida neste trabalho, contribui na conformação do conteúdo essencial relativo e funciona como norte interpretativo de normas constitucionais, ostentando posição de precedência nas situações surgidas. A noção de que cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como meio de satisfação de um arbítrio externo, guia o conteúdo da dignidade humana.

Luís Roberto Barroso sustenta a aceitação de uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural, assim descrevendo aquilo que denomina de concepção minimalista:

> *Grosso modo*, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica: 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).[335]

O desenvolvimento dessa concepção perpassa pela análise da laicidade e da neutralidade do Estado. A dignidade humana transita ainda pelo universalismo, respeitando a diversidade étnica, religiosa e cultural. A leitura adequada indica a abstenção em assentir com crenças e credos específicos, além de posições políticas classificadas como conservadoras, liberais ou socialistas, assentindo-se com a percepção de razão pública de John Rawls.[336]

---

[332] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 14.

[333] Ibidem, p. 63.

[334] Ibidem, p. 64.

[335] Ibidem, p. 72.

[336] RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação cit.; RAWLS, John. *O liberalismo político* cit.; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* cit.

Na perspectiva de Rawls, a razão pública veicula uma concepção ideal de cidadania, cujo objeto corresponde ao bem do público, isto é o que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições sociais, dos objetivos e fins que devem perseguir. A razão pública é compreendida em três sentidos:

> [...] enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base.[337]

Discorrer-se-á, por conseguinte, sobre os três elementos que compõem a concepção de dignidade humana supra-arrolados: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

No aspecto filosófico, o valor intrínseco condiz com as características inerentes e comuns a todo humano, concedendo-lhe um *status* de superioridade, observando a singularidade do indivíduo dotado de inteligência, empatia e habilidade de comunicação.

Luís Roberto Barroso enumera dois postulados decorrentes do valor intrínseco, sendo um antiutilitarista e outro antiautoritário. Antiutilitarista porque manifesta o imperativo kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros. Antiautoritário no sentido de que o Estado existe para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado.[338]

Do ponto de vista jurídico, o valor intrínseco conecta-se aos direitos fundamentais.

A autonomia representa o elemento ético da dignidade humana, ou seja, serve como base do livre-arbítrio dos indivíduos, permeando a busca por um bem viver. Lastreia-se na ideia de autodeterminação, pela qual o indivíduo define as regras que vão reger sua vida, ausente qualquer influência inapropriada.

Refere-se nesse mister à autonomia pessoal, que exprime o livre exercício da vontade da pessoa e requer a complementação de algumas condições, "como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas)".[339]

Havendo colisões entre autonomia de indivíduos diferentes ou entre a autonomia e o valor intrínseco ou do valor comunitário da dignidade, o exame de proporcionalidade deve ser

---

337 RAWLS, John. *O liberalismo político* cit., p. 262.

338 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial cit., p. 77.

339 Ibidem, p. 82.

acionado para encontrar o equilíbrio exigido nas respectivas circunstâncias. Luís Roberto Barroso assegura que, "de acordo com as circunstâncias, os juízes e cortes podem tanto determinar a concessão de um indivíduo individual quanto, ao menos, exigir uma ação razoável do Estado".[340]

Por último, o valor comunitário constitui o elemento social da dignidade, funcionando como critério de restrição da autonomia pessoal a partir de valores, costumes e direitos de outras pessoas igualmente autônomas. Para o Ministro da Suprema Corte, o valor comunitário engloba os compromissos, os valores e as crenças de que comungam indivíduos do mesmo grupo social, assim como as normas impostas pelo Estado. A legitimidade dessa restrição objetiva a proteção dos direitos e da dignidade de terceiros, a proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo e a proteção dos valores sociais compartilhados.[341]

A imposição de valores exteriores para observância do valor comunitário da dignidade deve ser justificada pela existência ou não de um direito fundamental atingido, o dano potencial para outros e para a própria pessoa e o grau de consenso sobre a matéria.[342]

Seguindo a lição do Ministro Barroso, "apesar das diferentes visões, os cidadãos devem coexistir e cooperar, unidos por uma estrutura básica de direitos e liberdades".[343] Transportando esse entendimento para o campo da saúde, o jurista afirma que "a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns *versus* a vida, a saúde e a dignidade de outros".[344]

Com fulcro na tese desenvolvida por Luís Roberto Barroso no âmbito da dignidade humana, esta pesquisa propõe a aplicação da proporcionalidade para resolver a colisão entre a vida, a saúde e a dignidade do indivíduo e de terceiros, com a sugestão de atribuir pesos aos liames do caso concreto a partir de uma base empírico-normativa, buscando o equilíbrio entre as esferas jurídicas envolvidas na hipótese.

---

[340] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial cit., p. 86.

[341] Ibidem, p. 87.

[342] Ibidem, p. 96.

[343] Ibidem, p. 97.

[344] Ibidem, p. 117.

3.7 A teoria consequencialista do exame de proporcionalidade

Jaime Rodríguez-Arana,[345] seguindo a lição de Arango, distingue as ofensas aos direitos fundamentais entre danos por ação estatal e danos por omissão estatal. Com relação aos danos por ação, cumpre examinar o comportamento do Estado, suas ações jurídicas e fáticas. As omissões podem ser parciais ou absolutas.

Nesse ponto, o jurista chama atenção para a afetação do princípio da igualdade nas omissões estatais, visto que é imperativo comparar a omissão parcial com a ação diligente e com o cumprimento da finalidade da norma, a fim de analisar e julgar a validade da afetação. Em caso de omissão completa ou absoluta, é mister avaliar critérios de natureza constitucional para constatar a existência de vulnerabilidade de um direito fundamental. Arana defende que a *dogmática da afetação-limitação* não é válida para as omissões de caráter absoluto, porque não haveria parâmetro para determinar conteúdo algum do direito social fundamental. Ainda com estribo na teoria de Arango, a ofensa por omissão deve ser investigada por um "esquema de coerência", com arrimo na teoria consequencialista dos direitos subjetivos.[346]

Nos direitos sociais fundamentais, *prima facie,* o Estado estaria obrigado a tratar de forma desigual o titular do direito para evitar um dano à dignidade dessa pessoa. Por suposto, o direito social fundamental seria ativado na desconsideração de critérios de diferenciação relevantes para o tratamento desigual, ocasionando um dano ao indivíduo. Arana, de acordo com Arango, exprime que a diferenciação ínsita ao direito fundamental pode ser obtida a partir de argumentos contrafáticos, que assinalam que a omissão fática e positiva do Estado, além do dano causado à pessoa em situação de necessidade urgente, deriva de uma contradição com o sistema jurídico. A omissão estatal em tema de direitos sociais fundamentais é contraditória e incongruente com o princípio do Estado social e democrático de direito. Nessa toada, a coerência e a congruência são princípios básicos de interpretação normativa da Constituição.[347]

A determinação do conteúdo dos direitos sociais fundamentais é revelada a partir de um procedimento que se subdivide da forma seguinte: a) a omissão estatal e suas consequências; b) a justificativa da omissão e a proporcionalidade entre a omissão e suas consequências. Então, provado que a omissão absoluta lesiona gravemente o direito fundamental *prima facie* e o Estado não consegue justificar sua inércia, deve ser reconhecido o direito definitivo a uma ação

---

345 RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales* cit.
346 Ibidem.
347 Ibidem.

positiva do Estado. Essa é a posição de Jaime Rodríguez-Arana com supedâneo na teoria de Arango.[348]

Discordamos parcialmente. Essencialmente, nossa discordância se baseia na verificação do conteúdo definitivo de um direito social fundamental de estabelecer a partir das consequências da omissão, contrariando o dever-poder confiado aos poderes estatais. A efetivação dos direitos sociais fundamentais reclama um agir, uma prestação, uma realização progressiva. Tendo em vista esse pensamento de realizar progressivamente é que a teoria dos direitos sociais fundamentais deve se firmar, e não com base nas consequências da omissão. Ademais, em matéria de saúde, não se olvide que as obrigações são de meio, e não de resultado, de modo que, conquanto se espere por um resultado positivo de melhora do paciente, fatores diversos podem influenciar e impactar negativamente o desfecho aguardado.

Portanto, o foco na realização do direito social fundamental na melhor medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas, é o que mais se coaduna com os princípios do Estado social e democrático de direito. Nesse contexto, a investigação da proporcionalidade nesta obra observa a *tese da afetação-limitação*.

Concordamos, todavia, com a aplicação da coerência e congruência na interpretação das normas constitucionais para determinar o conteúdo definitivo do direito social após o exame de proporcionalidade. A metodologia jurídica e a interpretação constitucional serão tratadas nos tópicos seguintes. Consigne-se desde já nossa posição de análise sistêmica e coerente das normas constitucionais no âmbito dos direitos sociais.

3.8 A aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais

É clássica a categorização de José Afonso da Silva[349] quanto à eficácia jurídica das normas constitucionais que se subdividem em: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; c) normas de eficácia limitada. Neste tópico, far-se-á uma sintética digressão sobre essa teoria, incluindo-se a questão da aplicabilidade, dada a importância histórica para o tema em análise, para, em seguida, projetar o entendimento contemporâneo no tocante aos direitos sociais como direitos fundamentais.

---

[348] RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales* cit.

[349] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

O jurista brasileiro adverte sobre o duplo sentido de eficácia, que pode corresponder à eficácia social e à eficácia jurídica. A eficácia social compreende a real observância e a aplicação pela sociedade a que se dirige a norma. Já a eficácia jurídica diz respeito à aptidão para produzir efeitos jurídicos, ou seja, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma como possibilidade de sua aplicação jurídica. A efetividade, por outra via, corresponderia ao alcance dos objetivos da norma.[350]

A noção de aplicabilidade, por sua vez, foi construída no Brasil levando-se em conta as configurações das normas *self-executing* e *not self-executing,* traduzindo-se como normas autoaplicáveis ou autoexecutáveis ou aplicáveis por si mesmas ou bastantes em si e normas não autoaplicáveis ou não autoexecutáveis ou não executáveis por si mesmas ou não bastantes em si, respectivamente. As primeiras indicariam diretamente a obrigatoriedade do agir, aplicando-se desde logo porque prescindem de intermediação legislativa; as segundas dependeriam de outras normas para serem aplicadas em sua plenitude, ou seja, estariam sujeitas à regulamentação de outro ato normativo para sua completude.

José Afonso da Silva deduz, então, que "as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral; as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida"; e, por fim, as normas de eficácia contida "são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral".[351] Em verdade, tem-se que a primeira espécie difere da segunda, porque esta última clama por normatividade posterior a lhe conferir eficácia. A última espécie submete-se a restrições advindas de regulamentação que molde sua eficácia e aplicabilidade.[352]

As normas de eficácia limitada subdividem-se em: a) definidora de princípio institutivo ou organizativo; b) definidoras de princípio programático. As normas institutivas ou organizatórias identificam-se como estruturais de órgãos e instituições. As normas impositivas

---

350 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit.

351 Ibidem, p. 83.

352 "I – normas constitucionais de eficácia plena; II – normas constitucionais de eficácia contida; III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado" (Ibidem, p. 82).

e facultativas são categorias de normas institutivas; as primeiras emitem comandos peremptórios, ao passo que as facultativas, não.

As normas programáticas foram usualmente apresentadas como aquelas que expressam um programa de ações a serem desenvolvidas no futuro para o atendimento da ordem social.[353] Sua eficácia jurídica conduzia ao reconhecimento de imposições de limites aos diversos sujeitos, indicação de comportamentos esperados e condicionamentos da produção legislativa futura, obstando a edição de leis contrárias. De certo modo, não sobressaía dúvida acerca do caráter imperativo e vinculante. A função de fundamentar constitucionalmente a regulamentação das prestações sociais e veicular princípios conformadores da Constituição ainda suscita questionamentos a respeito da concretização. O ponto nodal consiste na narrativa empreendida para rechaçar a noção de um direito atual e de imediata aplicabilidade, tratando-se de meras normas preceptivas.

Não obstante, o advento do Estado social e a maturação da teoria dos direitos fundamentais provocaram uma guinada nessa concepção. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais estrutura as normas constitucionais no sentido de configurarem imposições legiferantes, isto é, obrigam o legislador a criar condições materiais e institucionais para o exercício desse direito e de fornecimento de prestações aos cidadãos para o cumprimento dos comandos constitucionais. Vincula também a ação dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, este último objeto desta pesquisa. Trata-se da eficácia dirigente dos direitos fundamentais.

Some-se a isso o disposto no artigo 5.º, § 1.º, da Constituição da República,[354] que expressamente prevê a aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais. Em razão do Texto Constitucional, Sarlet defende que os direitos a prestações são imediatamente aplicáveis, ainda que as normas sejam de baixa densidade normativa, porque sempre serão aptas a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, inexistindo norma constitucional destituída de eficácia

---

353 Para José Afonso da Silva, são "programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado" (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 138).

354 "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1.º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

e aplicabilidade. O jurista salienta que esse entendimento diz respeito à eficácia diretamente decorrente da Constituição, e não da eficácia de direitos derivados.[355]

Gomes Canotilho sustenta que qualquer norma constitucional deve ser considerada obrigatória perante os órgãos do poder político e, nessa toada, as normas programáticas são dotadas de positividade jurídico-constitucional e, portanto, *todas as normas são atuais*, prescindindo de ato normativo infraconstitucional para sua concretização. O problema residiria na análise de como se daria a aplicação direta da norma constitucional e em que medida seria exequível por si mesma.[356]

Além do sentido de aplicação independente de intervenção legislativa, abrange o entendimento de que valem diretamente contra a lei, quando previstas restrições em desconformidade com a Constituição.

A densidade das normas constitucionais implica a constatação de que, estabelecidos certos pressupostos de fato, os órgãos concretizadores, legislador, administrador e juiz, são obrigados a adotar determinados comportamentos.

Adota-se nesta pesquisa o entendimento de aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde. Decorre disso compreender, como anota Canotilho, como se dá essa aplicação direta da norma constitucional e quão exequível é em si em matéria de saúde.

A compreensão dessa aplicabilidade passa, prefacialmente, pelo exame da racionalidade dos protocolos do SUS, pela distinção entre tratamentos e medicamentos previstos nesses protocolos e, por fim, pela construção da solução jurídica para cada uma das hipóteses, entendendo-se como tal o que está incluído nos protocolos e aquilo que não está.

Nesta pesquisa, adota-se o entendimento de que os tratamentos e medicamentos previstos nos protocolos do SUS assumem a roupagem de regra jurídica, ao passo que a ausência de previsão conduz ao entendimento de se tratar de princípios relativos à saúde

---

355 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional cit., p. 289.

356 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit. Confira-se também o significado da positividade jurídico-constitucional das normas programáticas para o jurista português: "(1) vinculação do legislador, de forma permanente à sua realização (imposição constitucional); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislativa, executiva, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam" (Ibidem, p. 1.177).

previstos na Constituição e, como tal, para aferir sua aplicação direta e exequibilidade em si é imprescindível se socorrer da proporcionalidade.

3.9 Metodologia jurídica e interpretação constitucional segundo Karl Larenz

Adentrando neste tópico, cumpre salientar que a escolha pela obra de Karl Larenz para iniciar o desenvolvimento do tema interpretação constitucional foi motivada pelo fato de que seus ensinamentos abordam, embora em breve passagem, preocupação com o campo de atuação dos poderes constituídos, semelhante à essência deste estudo.

A teoria de Larenz carrega em si a premissa de que a Constituição é uma lei e assim deve ser interpretada, sendo-lhe aplicáveis os mesmos critérios de interpretação das leis ordinárias.

Adotamos esta posição com ressalvas, tendo em vista a natureza especial do texto que consagra as bases institucionais de sustentação do Estado, consagrando a estrutura da sociedade a que se destina.

Realizado o apontamento, *interpretar* significa "uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz a compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático".[357] Enquanto a "missão da interpretação da lei é evitar a contradição entre normas, responder a questões sobre concursos de normas e concurso de regulações e delimitar, uma face às outras, as esferas de regulação, sempre que tal seja exigível",[358] o objeto da interpretação reside no "texto legal como 'portador' do sentido nele vertido, de cuja compreensão se trata na interpretação".[359] O propósito consiste na revelação do enunciado normativo extraído do texto mediante a atividade de esclarecimento – interpretação.

A atividade interpretativa pode encontrar dissensos em razão de termos flexíveis e variáveis segundo circunstâncias, contexto e relações. A constatação leva ao necessário exame da linguagem e do contexto de aplicação da norma.

Larenz destaca a relevante interação entre jurisprudência e ciência do direito, haja vista que a primeira propicia o aprimoramento da segunda quando arrola os problemas da interpretação e as possíveis soluções, ao passo que a ciência do direito foca a demonstração dos resultados obtidos pela jurisprudência. Nessa senda, o Judiciário atende ao caso concreto e

---

[357] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 439.
[358] Ibidem, p. 441.
[359] Ibidem, p. 441.

constrói as bases para casos futuros, colaborando para a observância da igualdade e promoção de segurança jurídica. Saliente-se que as condicionantes fáticas e jurídicas podem conduzir a outra solução, sem, contudo, caracterizar tratamento antijurídico.

Nessa perspectiva, a interpretação correta alude à construção de conhecimento a partir de argumentos racionais em determinada conjuntura. Essa atividade não é definitiva, porque observa as mutações das relações sociais, obedecendo à "totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes".[360] Para Larenz, o intérprete deve repercutir a "mutação fundamental da consciência valorativa geral".[361]

A finalidade da interpretação seria, então, o sentido normativo da lei, e não a vontade do legislador. Essa finalidade seria compreendida segundo os critérios ora enumerados: a) sentido literal; b) conteúdo significativo da lei; c) intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico; d) critérios teleológico-objetivos. Inexistindo hierarquia entre os critérios, o sentido normativo da lei é alcançado mediante exame conjunto, iniciando-se pelo sentido literal. Os critérios serão sopesados diante do caso concreto.

No sentido literal, apreende-se o significado de cada palavra, termo ou cadeia de expressões, geralmente no uso corrente da linguagem, porque próprio do cidadão a quem se refere. A acepção decorre da conexão do discurso, das circunstâncias e da intenção reguladora do legislador, traçando os limites da atividade interpretativa.[362]

Em atenção ao contexto significativo da lei, "entre as várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição".[363]

---

360 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 443.

361 Ibidem, p. 443.

362 Assim Karl Larenz define o *círculo hermenêutico*: "Não obstante, a conexão de significado da lei e também, pelo menos em parte, o escopo de uma regulação, inferir-se-ão, por seu lado, da sucessão e conjugação daqueles significados que correspondem aos termos particulares e aos encadeamentos de frases do texto legal, em conformidade, precisamente, com o uso linguístico geral ou com um uso linguístico especial por parte da lei. Trata-se aí do processo de olhar para a frente e para a trás, do esclarecimento recíproco, que é conhecido pelo nome de 'círculo hermenêutico'. Quanto menos o sentido literal, conforme ao uso linguístico geral, ou também, conforme a um uso linguístico jurídico especial, for capaz de fixar logo de modo definitivo o significado de uma expressão precisamente neste contexto, neste lugar da lei, tanto menos se deverá prescindir do seu conhecimento, devendo pois pôr-se em marcha o processo do compreender mediante o interpretar" (Ibidem, p. 452).

363 Ibidem, p. 458.

Pela investigação da intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico, procura-se revelar os segmentos valorativos considerados pelo legislador quando da edição da lei, tais como o preâmbulo, as disposições introdutórias e as epígrafes.

Por fim, os critérios teleológico-objetivos são atinentes aos objetivos gerais do direito, quais sejam a manutenção da paz, a justa resolução dos litígios, o equilíbrio dos interesses contrapostos, a proteção de bens jurídicos e o procedimento judicial justo. Eles podem ser de duas ordens: a) estruturas de âmbito material regulado, dados factuais, que não podem ser alterados pelo legislador; b) princípios ético-jurídicos que norteiam o direito.

Pelo primeiro, tem-se por adequada a interpretação que toma em consideração a especificidade e a estrutura da coisa regulada que a norma pretende interpretar.

Decorre da ideia de justiça o princípio da igualdade, pelo qual se impõe ao legislador e ao juiz o dever de driblar contradições de valoração para situações semelhantes e análogas, regendo-se a atividade interpretativa pela igualdade de tratamento, incluído nessa concepção o tratamento desigual jurídico, isto é, que proporciona a igualdade fática.

Larenz salienta que "entre as várias interpretações possíveis segundo os demais critérios sempre obtém preferência aquela que melhor concorde com os princípios da Constituição. 'Conformidade à Constituição' é, portanto, um critério de interpretação".[364]

Destaca também a *função de estabilização da Constituição*, pela qual se obriga o intérprete a escrutinar a ordem política atinente ao bem comum, especialmente a capacidade funcional do Estado de Direito, e às consequências advindas.[365]

Ponto de notável relevância da teoria de Larenz para este trabalho traduz-se no respeito à escolha do legislador ordinário. O jurista aduz que, vislumbrando um leque variado de opções para concretizar os preceitos constitucionais, o juiz intérprete vincula-se à *escolha legislativa*, de modo que lhe é vedado substituir essa escolha por outra sob a alegação de interpretação conforme a Constituição ou de correção da lei.[366]

---

[364] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 480.

[365] "No que se refere à avaliação das consequências previsíveis, esta avaliação só pode estar orientada à ideia de 'bem comum', especialmente à manutenção ou aperfeiçoamento da capacidade funcional do Estado de Direito. É, neste sentido, uma avaliação política, mas devendo exigir-se de cada juiz constitucional que se liberte, tanto quanto lhe seja possível – e este é, seguramente, em larga escala o caso – da sua orientação política subjectiva, de simpatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com determinados grupos políticos, ou de antipatia para com outros, e procure uma resolução despreconceituada, 'racional'" (Ibidem, p. 517).

[366] "Só existe, portanto, margem para a concretização imediata de um princípio constitucional pelos tribunais quando, ou uma lacuna da lei não pode ser colmatada de outro modo senão por esta via, ou então a própria lei,

3.10 Princípios de interpretação constitucional

No limiar do tópico, incumbe-nos salientar que a expressão "princípio" é utilizada apenas pela sedimentação do termo. Contudo, em muito difere do conceito de princípio a que alude a teoria dos direitos fundamentais, conforme pontuado em outro capítulo. A expressão melhor se coaduna com o sentido de "postulado", ou seja, de normas que orientam a interpretação e a aplicação de outras normas. Alerta-se, assim, para o uso indiscriminado de ambos os termos, porém sempre levando-se em conta o sentido de postulado.

Os princípios interpretativos sofrem larga divergência de nomenclatura entre vários autores, com semelhanças e distinções que permitem uma abordagem harmônica.[367]

Inocêncio Mártires Coelho[368] aponta os seguintes norteadores da interpretação constitucional: a) princípio da unidade da Constituição; b) princípio da concordância prática ou harmonização; c) princípio da correção funcional; d) princípio da eficácia integradora; e) princípio da força normativa da Constituição; f) princípio da máxima efetividade; g) princípio da interpretação conforme a Constituição; h) princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Por seu turno, o jurista português Joaquim J. Gomes Canotilho[369] arrola como princípios de interpretação constitucional: a) princípio da unidade da Constituição; b) princípio do efeito integrador; c) princípio da máxima efetividade; d) princípio da justeza ou da conformidade funcional; e) princípio da concordância prática ou da harmonização; f) princípio da força normativa da Constituição.

Jorge Miranda,[370] por sua vez, discorre sobre a coexistência de cinco postulados de interpretação, sendo: a) da unidade; b) da identidade; c) da adequação ou de concordância prática; d) da efetividade; e) da supremacia.

Por fim, entre os autores designados a título ilustrativo, José Adércio Leite Sampaio[371] enumera os seguintes critérios de interpretação das normas constitucionais: a) princípio da

---

em especial mediante o emprego de conceitos carecidos de preenchimento, com o de 'bons costumes', confere ao juiz uma margem de livre concretização" (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit., p. 482).

367 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit.; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit.; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit.

368 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* cit.

369 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* cit.

370 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit.

371 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais* cit.

unidade da Constituição; b) princípio da harmonização, adequação ou da concordância prática; c) princípio da ponderação de normas constitucionais; d) princípio da proporcionalidade; e) princípio da razoabilidade; f) princípio da exatidão ou correção funcional ou o efeito gerador de unidade; g) princípio da máxima eficácia da Constituição; h) princípio da eficácia integradora da Constituição; i) princípio da interpretação conforme a Constituição.

Desenvolveremos, por conseguinte, a conceituação dos princípios interpretativos, delineando as distinções quando pertinentes ao objeto deste trabalho.

O princípio da unidade corresponde à premissa de que o texto deve ser lido, interpretado e aplicado como um todo coerente e coeso, na busca de harmonização das normas constitucionais. Conjuntamente, o princípio da identidade revela a escolha material de cada sociedade para determinado momento de sua história. Vale salientar que o princípio da identidade advém da doutrina de Jorge Miranda, não havendo notícia de sua consideração por outros autores consultados para este estudo, assim como o princípio da supremacia, infradetalhado.

O princípio da adequação ou da concordância prática, por sua vez, aponta para a exigência de que, na hipótese de conflito, os bens jurídicos devem ser analisados em coordenação e combinação a fim de evitar o sacrifício desproporcional ou a aniquilação total de um deles.

O princípio da efetividade corresponde à atribuição da maior eficácia possível ao sentido da norma. Optamos pela denominação manejada por Jorge Miranda, porque mais consentânea com a posição assumida neste trabalho, especialmente no tocante aos direitos fundamentais e à proporcionalidade. Salientamos em outro momento que Alexy defende o uso do termo de mandado de otimização para conceituar os princípios em virtude de estarem submetidos às condicionantes fáticas e jurídicas. Bernal Pulido junta-se ao coro ao proclamar a realização do direito fundamental na medida permitida pelas condicionantes fáticas e jurídicas.

Quanto ao princípio da supremacia, tem-se que a Constituição é o norte para a interpretação de leis e de todo o direito infraconstitucional, não o contrário.

Por sua vez, o princípio da justeza ou conformidade funcional indica que a interpretação deve observar o esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição. Paralelamente, o princípio do efeito integrador orienta que a interpretação deve colaborar com a integração política e social e o fortalecimento da unidade política.

Pelo princípio da força normativa extrai-se a obrigatoriedade de conferir predominância aos pressupostos normativos com o fim de consolidar a eficácia máxima da lei fundamental.

Os princípios da ponderação e proporcionalidade confundem-se e foram objeto de manuseio em capítulo anterior.

Faz-se necessário um apontamento acerca da proporcionalidade e da razoabilidade. Tanto na jurisprudência como na doutrina há uma tendência para o exame dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quase como sinônimos. No entanto, há uma cizânia de sentidos. Tão somente para demarcá-los, dessume-se que o princípio da proporcionalidade advém de uma construção da jurisprudência da Corte alemã, ao passo que a razoabilidade ostenta seu nascedouro na jurisprudência americana conectada ao devido processo legal. O princípio da proporcionalidade foi desenvolvido no capítulo atinente aos direitos fundamentais. Sobre o princípio da razoabilidade, discorreremos a seguir.

Trilhando os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva,[372] a origem do princípio da razoabilidade – denominado irrazoabilidade na Inglaterra – remonta a uma decisão proferida em 1948 em que se estipulou o teste Wednesbury,[373] pelo qual são inaceitáveis atos excepcionalmente irrazoáveis. Aduz que, no Supremo Tribunal Federal, ainda carece de delimitação ou funciona como mera análise de compatibilidade entre meios e fins, confundindo-se com a sub-regra da adequação.

Dória,[374] por sua vez, sustenta que a razoabilidade está intimamente ligada ao conceito substancial da cláusula do *due process*, correspondendo à garantia de que a lei e as decisões judiciais não sejam desarrazoadas, arbitrárias ou excêntricas.

Por um ou outro autor, o cerne da razoabilidade está na rejeição de soluções teratológicas, conclusão que se adota neste trabalho.

---

372 SILVA, Virgílio Afonso da. A proporcionalidade e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

373 "[...] se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir" (Ibidem, p. 23-50).

374 DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula* due process of law. São Paulo: RT, 1964. Cap. II, p. 21-52.

3.11 Da Constituição de 1824 à Emenda Constitucional de 1969 em matéria de saúde pública

A primeira Constituição do Brasil foi promulgada em 24 de março de 1824, ainda na vigência do Império de Dom Pedro I. Em todo o texto há uma única menção sobre a questão da saúde, no disposto no artigo 179, XXIV.[375] A previsão, contudo, estava direcionada mais para a vedação à discriminação em matéria de trabalho, cultura, indústria e comércio.

A Constituição de 1891 é a primeira publicada na recente estabelecida República do Brasil e não faz qualquer remissão ao assunto.

A Constituição da República de 16 de julho de 1934 começa a alterar o quadro normativo até então escasso sobre a matéria, ao dispor, no artigo 10, I,[376] sobre a competência da União e dos Estados para cuidar da saúde pública, ao determinar que a legislação deverá proporcionar melhorias nas condições do trabalhador, especialmente no tocante à assistência sanitária deste e da gestante, nos termos do artigo 121, § 1.º, *h*,[377] e, por fim, conferir à União a competência para regulamentar a utilização de terras públicas, observadas as necessidades de ordem sanitária, de acordo com o artigo 165, § 3.º.[378]

Por sua vez, a Constituição da República de 10 de novembro de 1937, na Era Vargas, dispõe que competirá a União legislar privativamente sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança,[379] assim como confere aos Estados a competência para suplementar a legislação federal ou para suprir eventual omissão para regular assuntos de higiene popular, casas de saúde, clínicas e fontes medicinais.[380]

---

375 "XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos."

376 "Art. 10. Compete concorrentemente à União e aos Estados: [...] II – cuidar da saúde e assistência públicas."

377 "Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte."

378 "§ 3.º O Poder Executivo, tendo em vista as necessidades de ordem sanitária, aduaneira e da defesa nacional, regulamentará a utilização das terras públicas, em região de fronteira pela União e pelos Estados ficando subordinada à aprovação do Poder Legislativo a sua alienação."

379 "Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XXVII – normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança."

380 "Art. 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam es exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes

Igualmente na Constituição da República de 18 de setembro de 1946 há a previsão de competência para a União legislar sobre normas gerais de defesa e previsão de saúde.[381] Dispõe ainda sobre a necessária submissão dos funcionários públicos aprovados em concurso à inspeção de saúde.[382]

A Constituição do Brasil de 1967 repete a tendência das anteriores no tocante à previsão de competência da União para editar normas gerais de defesa e proteção da saúde. No entanto, traz uma novidade ao conferir competência à União para estabelecer um plano nacional de saúde.[383] Também assegura assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva aos trabalhadores.[384]

A Emenda Constitucional de 1969 manteve a previsão de assistência sanitária aos trabalhadores,[385] a competência da União para estabelecer normas gerais,[386] reestruturando tão somente a ordem numérica dos artigos. Inovou, porém, em aspectos relevantes do tema. Primeiro, porque, além de conferir competência à União para estabelecer um plano nacional de saúde, acrescentou a competência para planos regionais de desenvolvimento e primordialmente para a execução de ambos.[387] Trouxe ainda a previsão de os Municípios aplicarem 6% da parcela do Fundo de Participação dos Municípios em programas de saúde.[388] Atribuiu ainda ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar causas de que pudessem decorrer imediato perigo de grave lesão à saúde.[389]

---

assuntos: [...] c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais."

381 "Art. 5.º Compete à União: [...] b) normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário."

382 "Art. 186. A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde."

383 "Art. 8.º Compete à União: [...] XIV – estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; [...] c) Normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário."

384 "Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: [...] XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva."

385 "Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos têrmos da lei, visem à melhoria de sua condição social: [...] XV – assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva."

386 "Art. 8.º Compete à União: [...] c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário."

387 "Art. 8.º Compete à União: [...] XIV – estabelecer e executar planos nacionais de educação e de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento."

388 "Art. 25. Do produto da arrecadação dos impostos mencionados nos itens IV e V do art. 21, a União distribuirá 33% (trinta e três por cento) na forma seguinte: [...] II – 17% (dezessete por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios; [...] § 4.º Os Municípios aplicarão, em programas de saúde, 6,0% (seis por cento) do valor que lhes for creditado por força do disposto no item II."

389 "Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo

3.12 Das inovações da Constituição de 1988 no âmbito da saúde pública

A Constituição da República de 1988 inaugura a transposição do Brasil para um Estado democrático e social. Foge ao escopo deste trabalho a análise das condições econômicas, políticas e sociais que levaram à sua promulgação, de modo que se optou por seguir o estudo das normas positivadas.

De proêmio, a saúde veio destacada como direito social no artigo 6.º da vigente Constituição, com educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e, por fim, assistência aos desamparados. No Título II relativo aos Direitos e Garantias Fundamentais, o artigo 6.º enumera a saúde como um direito social. Há ainda outras remissões ao tema no capítulo em comento, tal como o disposto no artigo 7.º, IV e XXII.

O artigo 7.º, IV, prevê que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas e, entre outros direitos, a saúde dos trabalhadores urbanos e rurais. No subsequente inciso XXII, reconhece ainda como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

No Título III seguinte, Organização do Estado, distribui-se a competência material e legislativa entre os entes federativos. A análise sobre o exercício da competência das pessoas políticas ocorrerá em item próprio. Neste momento, a tarefa que nos cabe é arrolar as alterações normativas trazidas pela então novel ordem constitucional.

Foram atribuídas à União a *competência legislativa privativa* sobre seguridade social – artigo 22, XXIII; e a *competência legislativa concorrente* para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde – artigo 24, XII. Tratando-se de competência legislativa privativa, o artigo 22, parágrafo único, dispõe sobre a permissão para lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no mencionado artigo. Quanto à competência legislativa concorrente, a atuação da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais – artigo 24, § 1.º, não excluindo a competência suplementar dos Estados – artigo 24, § 2.º. Na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena – artigo 24, § 3.º. Sobrevindo, contudo, lei nacional veiculando normas gerais, fica suspensa a eficácia da lei estadual no que contrariar – artigo 24, § 4.º.

---

de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido."

Ainda foi atribuída à União *competência material privativa* no artigo 21 para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social – inciso IX; planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações – inciso XVIII; instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos – inciso XX. Por fim, incumbe-lhe também a *competência material comum* no artigo 23 para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência – inciso II; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas – inciso VI; promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico – inciso IX. No âmbito da competência material comum, leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, Estados Distrito Federal e Municípios (artigo 23, parágrafo único).

De acordo com o artigo 30, incumbe aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local – inciso I; suplementar a legislação federal e estadual no que couber – inciso II; prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população – inciso VIII.

A inobservância de preceitos diretamente relacionados ao tema saúde passa a conduzir um recurso jurídico excepcional, ou seja, a intervenção da União nos Estados, a intervenção dos Estados em seus Municípios e a intervenção da União em Municípios localizados em território federal. Permite o Texto Constitucional a intervenção da União nos Estados se não for observado o princípio constitucional de aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde – artigo 34, VII, *e*. Na segunda hipótese, possibilita-se a intervenção também na omissão de aplicação do mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde – artigo 35, III.

No Capítulo VII, há disposições específicas sobre saúde no âmbito da Administração Pública no tocante à ocupação de cargos e regime de previdência.

No capítulo destinado às finanças públicas, em especial na subseção direcionada aos orçamentos, há exigências e vedações quanto ao uso do dinheiro público na saúde.[390]

---

[390] "Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 9.º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2%

O Título VIII – Da Ordem Social, especialmente o Capítulo II, que trata da seguridade social, será examinado em tópico diverso. No entanto, podem-se ressaltar nesse mister as disposições sobre saúde nas áreas de educação,[391] comunicação social,[392] proteção da família, criança, adolescente, jovem e idoso.[393]

Por fim, extraem-se ainda disposições transitórias ao fim da Constituição da República.

3.13 Da competência constitucional em matéria de saúde pública

A matéria saúde envolve algumas discussões constitucionais sobre a competência. Nessa senda, passaremos a discorrer sobre alguns pontos relevantes.

De início, cumpre distinguir as categorias de competência, especialmente a material e a legislativa, privativa e concorrente.

Competência material e legislativa não se confundem. Tratam de objetos diversos de valoração. No primeiro caso, tem-se o poder de agir para executar materialmente as disposições

---

(um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. § 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9.º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2.º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais. Art. 167. São vedados: [...] IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2.º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8.º, bem como o disposto no § 4.º deste artigo."

391 "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. [...] Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 4.º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários."

392 "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente."

393 "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1.º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil."

constitucionais e legislativas; no segundo, atribui-se o poder para conformação normativa das normas constitucionais, delimitando o âmbito legislativo de cada ente federado.

Fernanda Menezes assume a tese de que a federação é um grande sistema de repartição de competências que confere substância à descentralização em unidades autônomas, de modo que a partilha de competências configura-se como um imperativo do federalismo para a preservação do relacionamento harmônico entre União e Estados-membros. A ausência de delimitação das atribuições do conjunto e das partes, que coexistem e atuam simultaneamente, levaria à convivência conflituosa, arriscando o equilíbrio mútuo a que corresponde o modelo federativo.[394]

A criação de competências comuns é fruto da descentralização de ônus entre os integrantes da federação a fim de que o alcance das metas e objetivos da República advenha da cooperação entre todos.

Na hipótese de competência privativa, é de bom alvitre colacionar o entendimento de José Afonso da Silva, para quem há divergências entre as expressões privativas e exclusivas, visto que a primeira admite a delegação e o exercício de competência suplementar, o que não ocorre nesta última, insuscetível de delegação.[395]

Em matéria de saúde, pode-se compilar a competência legislativa e material dos entes federados conforme os Quadros 2 a 5.

Quadro 2 – Competência legislativa privativa da União

COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO	
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXIII – seguridade social;	Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Fonte: Elaboração própria

[394] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 2013. p. 15

[395] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Quadro 3 – Competência legislativa

<table>
<tr><th colspan="2">COMPETÊNCIA LEGISLATIVA</th></tr>
<tr><th>Concorrente entre União, Estados, Distrito Federal</th><th>Suplementar dos Municípios</th></tr>
<tr><td>Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;</td><td rowspan="2">Art. 30. Compete aos Municípios:

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;</td></tr>
<tr><td>§ 1.º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2.º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3.º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4.º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.</td></tr>
</table>

Fonte: Elaboração própria

Quadro 4 – Competência material privativa da União

COMPETÊNCIA MATERIAL PRIVATIVA DA UNIÃO
Art. 21. Compete à União: IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

Fonte: Elaboração própria

Quadro 5 – Competência material comum

COMPETÊNCIA MATERIAL COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS
Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.
Art. 30. Compete aos Municípios: VII – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Fonte: Elaboração própria

Dispõe o artigo 23, II, que, no exercício da competência comum, cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cuidar da saúde e assistência pública. No seguinte, artigo 24, XII, há a previsão de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislarem sobre previdência social, proteção e defesa da saúde. Não obstante, o artigo 22, XXIII, estabelece a competência legislativa privativa da União para deliberar sobre seguridade social.

O ponto de partida encontra-se no Título VIII – Da Ordem Social, visto que, conforme o disposto no artigo 193, "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais". Acrescenta o respectivo parágrafo único que "O Estado exercerá a função de planejamento das políticas sociais, assegurada, na forma da lei, a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação dessas políticas".

Subsequente, no Capítulo II – Da Seguridade Social, Seção I – Disposições Gerais, o artigo 194 prevê que "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". As seções posteriores tratam especificamente de cada um desses direitos, respectivamente, Seção II – Da Saúde, Seção III – Da Previdência Social e Seção IV – Da Assistência Social.

Infere-se, pois, que a seguridade social é composta pela saúde, previdência social e assistência social. Dessume-se que a saúde é uma parte entre as três que compõem o tema seguridade. Nessa toada, a legislação que dispõe sobre seguridade social ou ações materiais respectivas refletirá diretamente no tema saúde. Tomem-se por exemplo os objetivos da seguridade social discriminados no artigo 194, parágrafo único.[396]

Postas tais premissas, podem-se afirmar algumas conclusões sobre a competência legislativa e material em matéria de saúde.

No tocante à competência legislativa, compreendendo-se a saúde como parte integrante da seguridade social, fica evidente a competência privativa da União para editar normas acerca do tema. Não obstante, o parágrafo único do artigo 22 prevê a possibilidade de lei complementar autorizar os Estados a legislarem sobre questões específicas das matérias nele relacionadas.

---

[396] "Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados."

Discorrendo sobre o esquema organizatório-funcional das competências em matéria de saúde, Fernanda Menezes[397] destaca:

> Só mesmo o plano nacional de saúde que constava da anterior Constituição não foi previsto expressamente na que está em vigor. Mas não se tenha dúvida, porém, da ascendência que ainda permanece com a União no tema "saúde". Embora pelo artigo 23, II, tenha se tornado competência comum de todas as entidades federativas cuidar da saúde, o artigo 198 não esconde a centralização das ações e serviços públicos de saúde que integrarão uma rede regionalizada e "hierarquizada", constituindo um "sistema único". Além disso, a saúde é tratada em seção do capítulo de seguridade social, que, nos termos do artigo 194, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. E a lei que nos termos do parágrafo único do artigo 194 deverá organizar a seguridade social será a lei federal, já que o artigo 22, XXIII, defere privativamente à União competência para legislar nessa matéria.

A jurista mineira defende que as leis complementares a que alude o parágrafo único do artigo 23 não retiram da União o comando geral no âmbito das competências materiais comuns, a partir do comando legislativo que lhe é específico. Ao contrário, tais leis complementares deverão fixar as bases políticas e normas operacionais que disciplinarão a forma de execução dos serviços e atividades cometidos concorrentemente a todos os entes federados, o que se revela salutar para a especificação daquilo que compete a cada esfera na prestação dos serviços objetos da competência comum. Pontua, por fim que:

> De fato, isto é muito importante para que, levando-se em conta as reais possibilidades administrativas e orçamentárias dos diversos parceiros, não se atribua a algum deles, em nome de uma responsabilidade solidária, tarefa que não possa cumprir. Assim é que – tomando-se por hipótese os serviços de saúde – atentaria contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade exigir-se de um Município sem recursos técnicos e financeiros suficientes o fornecimento à população de remédios ou tratamento médico cujo alto custo e alta complexidade estejam além da reserva do possível.[398]

Ainda sobre a competência legislativa, mas agora concorrente, dispõe o artigo 24, § 1.º, que à União caberá editar apenas normas de caráter geral. De modo sucinto, podem-se entender como normas gerais aquelas que não objetivam especialmente uma pessoa ou particularizam uma situação e que se abstenham de tecer detalhes ou pormenores em sua regulamentação.

Como registrado alhures, a organização das competências legislativa e material aponta para uma centralidade da União em matéria de saúde. Por conseguinte, não se pretende afastar peremptoriamente a ação dos Estados, Distrito Federal e Município. Significa tão somente que

---

397 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988* cit., p. 70.

398 Ibidem, p. 119.

cabe à União o papel de articulador e provedor central do SUS, o que ficará ainda mais evidente quando da análise da racionalidade dos protocolos desse sistema.

3.14 A racionalidade dos protocolos do SUS

A pesquisa sobre o controle judicial nas hipóteses de terapias não incorporadas ao SUS que ora se realiza pretende alavancar uma construção da decisão judicial com base na argumentação jurídica racional lastreada em evidências científicas. A abordagem racional contribui para maior correção da decisão lançada, assim como amplia o controle dos órgãos de fiscalização e da própria sociedade. Seguindo esse entendimento, cumpre averiguar então qual seria a racionalidade que norteia o planejamento e a execução dos protocolos de atendimento do SUS. É o que passa a examinar.

De proêmio, devem-se entender como protocolos do SUS as medidas estabelecidas na Lei 8.080/1990; a RENASES, prevista no Decreto 7.508/2011; tecnologias deliberadas pela CONITEC, nos termos do Decreto 7.646/2011; a Política Nacional de Medicamentos, constante da Portaria 3.916/1998; e, por fim, a RENAME e as relações estaduais e municipais.

A disposição contida no artigo 196 prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Destaca-se nesse artigo uma expressão do princípio de interpretação constitucional da efetividade, na lição de Jorge Miranda,[399] segundo o qual busca-se atribuir a maior eficácia possível ao sentido da norma. Isso porque o artigo 196 expressamente deduz como um dos objetivos das políticas sociais e econômicas a redução do risco de doença e de outros agravos. Analisando com a definição de princípio como mandado de otimização e, portanto, de maior efetividade possível dentro das condicionantes fáticas e jurídicas, logo se percebe que a redução de riscos e agravos ocorrerá observando tais variantes.

Compulsando o disposto no artigo 197 da Constituição, caberá ao Poder Público, nos termos da lei, regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde. Infere-se, pois, que, primeiro, a Constituição concede ao Legislativo competência para veicular por meio de lei as bases de sustentação da política sanitária e, em segundo, caberá ao Executivo

[399] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição* cit.

regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e os serviços de saúde. Evidencia-se a necessária intervenção dos dois poderes mencionados para a realização dos ditames constitucionais, de modo que fica legitimada a atuação de ambos nos contornos retrodelineados.

Em seguida, o artigo 198 dispõe que as ações e os serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, cujas diretrizes são a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade – regulada pela Lei 8.142/1990.

A garantia dessa rede regionalizada e hierarquizada advém também do financiamento cooperativo de todos os entes federados. A questão da redução do valor a ser aplicado nas ações e serviços de saúde, nos termos da Emenda Constitucional 86/2015, é objeto de análise do tópico correspondente à proibição de retrocesso. Neste momento, basta a informação de diversidade da base financeira.

Em outro momento, destacou-se o disposto no artigo 5.º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[400] pelo qual se rechaça qualquer atividade interpretativa que intente destruir direitos ou liberdades nele reconhecidos ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. Exposto também o artigo 2.º, que veicula a obrigação de cada Estado-Parte adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo a adoção de medidas legislativas.

Especificamente quanto ao tema saúde, o artigo 12, item 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabelece as medidas a serem adotadas pelos Estados-Partes para a garantia do direito à saúde, quais sejam: a) diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento de doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.[401]

---

[400] BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992 cit.

[401] Ibidem.

Em atenção aos comandos constitucional e convencional, o enunciado correspondente ao acesso universal e igualitário não pode induzir o entendimento de que um cidadão não receberá tratamento adequado para sua moléstia, mormente em razão de valor elevado, mas sim conduzir o intérprete no sentido de que o jurisdicionado será tratado de acordo com a disponibilidade técnica possível no sistema nacional de saúde, com respeito ao princípio da efetividade do direito fundamental, princípio da unidade, princípio da conformidade funcional e, por fim, segundo Karl Larenz,[402] garantindo-se a função de estabilização da Constituição.

A igualdade fática admite o tratamento desigual se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, haja vista que, nessa hipótese, é obrigatório o tratamento desigual.[403] Com fulcro nesse raciocínio, é incorreto negar tratamento a um jurisdicionado sob o mero argumento do custo, o que, todavia, não significa que ostenta um direito público subjetivo àquele tratamento de alto custo especificamente pleiteado. O esquema organizatório-funcional do SUS veicula, a título ilustrativo, protocolos de substituição.

A universalidade, por sua vez, atende a um critério objetivo e um subjetivo. No primeiro caso, diz respeito à cobertura das diversas doenças e agravos que podem acometer o jurisdicionado, tal como se compreende da leitura do artigo 194, *caput* e inciso I, cumulado com o disposto no artigo 196, todos da Constituição da República. Corresponde ainda às diversas ações e serviços de saúde para a garantia do direito à saúde.

O critério subjetivo engloba o atendimento de todo cidadão brasileiro e de qualquer pessoa que se encontre no território nacional, vedada a obstrução de uso do sistema de saúde por cidadãos estrangeiros, porque também titulares de direitos fundamentais.

A universalização também resplandece o sentido coletivo do planejamento e execução dos direitos sociais. A atribuição de maior peso à universalização, conforme atribuição em tópico próprio, é justificada pelo fato de atender ao princípio da igualdade, inclusive o tratamento desigual, à redução do risco de doenças e outros agravos, conforme se pretende demonstrar nesta pesquisa. Quanto maior a chance de universalizar as ações e os serviços a todos os cidadãos, segundo os parâmetros fornecidos pelo próprio sistema de saúde, mais facilmente se atenderá ao tratamento desigual, quando obrigatório, sem desestabilizar a Constituição e as finanças dos entes públicos.

---

[402] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit.

[403] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 409.

Some-se o disposto no artigo 3.º, III, da Constituição, que arrola como um dos objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Impossível negar a íntima conexão com o princípio da universalização.

Descendo ao nível infraconstitucional, a Lei 8.080/1990 dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. O artigo 2.º reforça o dever do Estado de prover as condições indispensáveis para o pleno exercício da saúde como direito fundamental. Por um lado, seu § 1.º reproduz o disposto no 196 da Constituição da República; por outro, o § 2.º acolhe a noção de que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Da leitura do § 1.º do artigo 4.º da Lei 8.080/1990 depreende-se a inclusão na lista dos órgãos e instituições da Administração direta e indireta e fundações de todos os níveis as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados. O reconhecimento dessa teia orgânica influencia sobremaneira a competência da União para figurar no polo passivo das demandas sobre medicamentos e tratamentos não previstos nos protocolos do SUS como se pretende demonstrar neste trabalho.

Prosseguindo, o artigo 19-M dispõe que a assistência terapêutica consiste na 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 de protocolo, em conformidade com o artigo 19-P; e ainda pela oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

A definição do que se entende por protocolo clínico e diretrizes terapêuticas encontra-se no disposto no artigo 19-N, II. Conceituam-se o protocolo clínico e as diretrizes terapêuticas como o documento que estabelece critérios para o diagnóstico de 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.

O disposto no artigo 19-O reforça que os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou os 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 eficiência e surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. De acordo com o parágrafo único do mencionado artigo, em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que dispõe o *caput* 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 cuida o protocolo.

O contido no artigo 19-P assume significativa relevância para esta pesquisa, visto que prescreve que, na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: (i) com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas na Lei 8.080/1990 e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; (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; (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.

A leitura do artigo requer reflexão crítica e atenta que será desenvolvida logo após o exame dos artigos componentes do Capítulo VIII da Lei 8.080/1990, porque lastreada em uma interpretação sistemática.

Conforme se extrai do artigo 19-Q da mencionada lei, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela CONITEC.

De acordo com o § 2.º do artigo 19-Q, o relatório da CONITEC levará em consideração necessariamente: (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; (ii) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos com relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

A incorporação, a exclusão e a alteração de protocolos serão efetuadas mediante a apuração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 dias, contado da data em que protocolado o pedido, admitida a prorrogação por 90 dias, quando as

circunstâncias o exigirem, conforme o disposto no artigo 19-R. O processo administrativo contará com a realização de consultas e audiências públicas.

O Decreto 7.646/2011[404] regulamenta a composição, as competências e o funcionamento da CONITEC, o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo SUS.

Compulsando o artigo 2.º do Decreto 7.646/2011, depreende-se que a CONITEC integra a estrutura do Ministério da Saúde com o objetivo de assessorar nas atribuições relativas à incorporação, à exclusão ou à alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

São diretrizes da CONITEC, consoante o artigo 3.º do Decreto 7.646/2011:

> I – a universalidade e a integralidade das ações de saúde no âmbito do SUS com base no melhor conhecimento técnico-científico disponível; II – a proteção do cidadão nas ações de assistência, prevenção e promoção à saúde por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS; III – a incorporação de tecnologias por critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados às necessidades de saúde; IV – a incorporação de tecnologias que sejam relevantes para o cidadão e para o sistema de saúde, baseadas na relação custo-efetividade.

Tomando-se por base a legislação colacionada, presume-se certo paradoxo entre as disposições do artigo 19-P e artigo 19-Q. Isso porque, a despeito de o primeiro prever a responsabilidade pelo fornecimento aos diversos níveis federais das Comissões Intergestores, também ressalva que a atuação dos Estados, Distrito Federal e Municípios será suplementar ao que instituído pelo gestor federal do SUS e, por consequência, dela dependente. O artigo 19-Q expressa a competência exclusiva da União para a incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos ou procedimentos, bem como para a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica. A princípio, a inércia da União na constante atualização dos protocolos obsta a atualização por parte de Estados, Distrito Federal e Municípios de atualizarem seus próprios protocolos.

Por decorrência lógica, não podem ser responsabilizados pelo fornecimento daquilo que não consta nos protocolos do SUS, visto que a omissão dessa incorporação é imputada ao gestor federal. Como a organização técnico-científica da incorporação, a exclusão ou a alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica é de competência da CONITEC, portanto federal,

---

[404] BRASIL. Decreto n.º 7.646, de 21 de dezembro de 2011 cit.

Estados, Distrito Federal e Municípios também padecem de dados empíricos e ferramentas técnicas e científicas para agir de forma suplementar ou até mesmo para assumir diretamente a competência da CONITEC.

A segurança técnico-científica das deliberações da CONITEC advém da competência enumerada no artigo 4.º do Decreto 7.646/2011, como também de sua composição, conforme o artigo 7.º e seguintes e, por fim, aos pressupostos do processo administrativo deduzidos no artigo 15 e seguintes do mesmo diploma legal.

O estudo do Decreto 7.646/2011 densifica a conclusão ao discriminar as diretrizes, as competências e o objetivo da CONITEC. Também reforça a proeminência da medicina baseada em evidências, visto que destaca que a universalidade e a integralidade das ações do SUS devem considerar o melhor conhecimento técnico-científico disponível; a proteção dos cidadãos por meio de processo seguro de incorporação de tecnologias pelo SUS, mediante critérios racionais e parâmetros de eficácia, eficiência e efetividade adequados à necessidade de saúde, a observância da relação custo-efetividade.

Outro documento relevante para a abordagem do tema é o que institui a Política Nacional de Medicamentos.[405] O manuseio do Plano destaca a dependência de Estados, Distrito Federal e Municípios das deliberações do ente federal para a formulação das próprias listas de medicamentos e define critérios empíricos a serem considerados na elaboração das políticas de atendimento.

Revisando a Política Nacional de Medicamentos instituída pela Portaria 3.916, de 30 de outubro de 1998, do Ministério da Saúde, "a política concretiza metas do Plano de Governo, integra os esforços voltados à consolidação do SUS, contribui para o desenvolvimento social do País e orienta a execução das ações e metas prioritárias fixadas pelo Ministério da Saúde".[406]

Ao discorrer sobre o contexto de consumo de medicamentos e aumento do custo social, o documento relata que "este cenário é também influenciado pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde". Consta ainda que há "a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME)". O uso irracional e desnecessário de medicamentos promove o

---

[405] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001* cit.

[406] Ibidem.

aumento na demanda de medicamentos. O estímulo ao uso racional e a reorientação de práticas e desenvolvimento de um processo educativo são essenciais para a manutenção do sistema.[407]

O Plano enumera as seguintes diretrizes para assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade ao menor custo possível:

> a) adoção de Relação de Medicamentos Essenciais; b) regulamentação sanitária de medicamentos; c) reorientação da Assistência Farmacêutica; d) promoção de uso racional de medicamentos; d) desenvolvimento científico e tecnológico; e) promoção da produção de medicamentos; f) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; g) desenvolvimento e capacitação de recursos humanos.

Também enumera as prioridades para o alcance da política proposta: a) revisão permanente da RENAME; b) assistência farmacêutica; c) promoção do uso racional de medicamentos.

Por delimitação metodológica deste trabalho, não se aprofundará na apreciação de todas as diretrizes e prioridades supra-arroladas. Alguns pontos relevantes para o tema desta pesquisa serão traçados a seguir.

O documento elaborado pelo Ministério da Saúde alinha sua própria atribuição para estabelecer mecanismos que permitam a constante atualização da RENAME. E assim deve ser pelo

> [...] fato de que a Relação Nacional, conforme assinado acima, deverá ser a base para a organização das listas estaduais e municipais e favorecerá o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviço.[408]

A par dessa previsão, tem-se que o planejamento e a execução das listas de medicamentos estaduais e municipais dependerão sempre da atuação do governo federal, ou seja, da elaboração contínua e atualizada do RENAME.

A atualização permanente da RENAME deverá priorizar o conjunto dos medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, ajustado no nível local, às doenças mais comuns à população, definidas segundo prévio critério epidemiológico.[409]

Prevê o Plano Nacional que a definição dos produtos a serem adquiridos e distribuídos de forma centralizada deve observar três pressupostos básicos, de ordem epidemiológica:

---

[407] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001* cit.

[408] Ibidem.

[409] Ibidem.

> a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores; b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados; c) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

Essa análise deve considerar também critérios ainda mais específicos, relativos a aspectos técnicos e administrativos:

> a) o financiamento da aquisição e da distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros; b) o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população; c) a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos; d) a necessidade de garantir apresentações de medicamentos, em formas farmacêuticas e dosagens adequadas, considerando a sua utilização por grupos populacionais específicos, como crianças e idosos.

O processo de aquisição e distribuição deve ser efetivado com fulcro na realidade epidemiológica, visando a assegurar o abastecimento de forma oportuna, regular e com menor custo, priorizando os medicamentos essenciais e os de denominação genérica.[410]

Discorrendo sobre a assistência farmacêutica, o Plano estabelece que o gestor federal participa do processo de aquisição de produtos conforme as diretrizes alhures enumeradas mediante o repasse fundo a fundo de recursos financeiros e a cooperação técnica. Atente-se para o fato de que a insuficiência de recursos – condicionante fática – pode ser atribuída à União, atraindo, por conseguinte, sua legitimidade para responder no polo passivo pelas demandas de terapias não incorporadas. Maior força terá esse argumento ao se considerar a redução da contribuição federal para o SUS, consoante se verifica pela leitura da Emenda Constitucional 86/2015, ofendendo os princípios da proibição de retrocesso e de progressiva efetivação dos direitos sociais, como apurado em tópico próprio neste capítulo.

O arcabouço infralegal estrutura os pilares de universalização do acesso, conforme infrademonstrado. A constatação, no entanto, não prescinde dos ditames constitucionais para guiar a interpretação sistêmica do SUS.

O Decreto 7.508/2011,[411] que dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, prevê em seu artigo 8.º: "O acesso

---

[410] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001* cit.

[411] BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011 cit.

igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço".

Por sua vez, o artigo 11 dispõe:

> O acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde será ordenado pela atenção primária e deve ser fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, observadas as especificidades previstas para pessoas com proteção especial, conforme legislação vigente.

Por fim, nos termos do artigo 28, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe cumulativamente:

> I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III – estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Farmacêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Subsequente, o artigo 5.º do Decreto 7.508/2011[412] assinala como ações e serviços mínimos para a instituição de uma região de saúde: "I – atenção primária; II – urgência e emergência; III – atenção psicossocial; IV – atenção ambulatorial especializada e hospitalar; V – vigilância em saúde".

As ações e os serviços para formulação de uma região de saúde e as diretrizes para delimitação do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde podem funcionar como balizamento na definição de pesos no exame da proporcionalidade, seja por se tratar de um critério normativo, seja porque coincidentes com outros já mencionados ao longo deste trabalho.

A análise sistêmica da racionalidade do SUS evidencia a proeminência da União nos casos de demanda judicial que exigir medicamento ou tratamento fora dos protocolos existentes. Se ao governo federal compete incorporar ou alterar os protocolos de saúde, eventual omissão nessa inclusão deve ser imputada à União, mormente por deter a estrutura técnica que reúne os dados científicos necessários para a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde, abarcando os dados técnicos de natureza econômica.

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário fica delimitada pelos critérios e dados empíricos colacionados por todo o sistema de proteção à saúde construído pelo legislador e Administração Pública, sob pena de usurpação. Como observado no capítulo dedicado aos

---

412 BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011 cit.

direitos fundamentais, em especial, no desenvolvimento da proporcionalidade, quanto maior o consenso científico sobre uma medida, menor o campo de atuação e discricionariedade do juiz.

Tais premissas, contudo, não afastam o dever de fornecimento daquilo que não estiver previsto nos protocolos do SUS. Ao contrário, servem de parâmetros a serem considerados no julgamento do caso concreto pelo juiz que deverá observar os critérios empíricos que lhe circundam.

3.15 Da omissão na atualização dos protocolos de saúde pública

No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.355,[413] o Plenário do Supremo Tribunal Federal seguiu o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, para negar provimento ao recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, no sentido de reconhecer a responsabilidade solidária dos entes da federação e determinar o fornecimento do medicamento não incluído no protocolo do SUS ao cidadão.

O acórdão será analisado em outra oportunidade neste capítulo. Por ora, trataremos tão só dos fundamentos carreados alusivos à decisão de não fornecimento.

O relator, Ministro Gilmar Mendes, consignou em seu voto a necessidade de perquirir a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.

A primeira hipótese colacionada diz respeito à prestação de saúde em que o SUS decidiu não custear por ausência de evidências científicas que autorizassem sua inclusão. Duas situações são destacadas.

Em primeiro, o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao paciente. Dever-se-á privilegiar o tratamento oferecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Em segundo, o SUS não tem qualquer tratamento específico para a patologia. Nessa conjectura, o relator aponta para a diferenciação entre os tratamentos puramente experimentais

---

413 "Ementa: Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidrogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Plenário, AgRg-SS 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, *DJe* 30.04.2010).

dos tratamentos não testados pelo sistema de saúde brasileiro. Os tratamentos experimentais não podem ser exigidos do Estado por força da opção pela medicina baseada em evidência. Quanto aos novos tratamentos, a inexistência de protocolo clínico no SUS, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, não poderia violar a integralidade do sistema.

O voto do relator foi acompanhado por unanimidade.

Revisando criticamente o acórdão, neste momento apenas no tocante à ausência de previsão nos protocolos, concordamos parcialmente com as razões de decidir.

A construção do sistema único nacional sobre o fundamento da medicina baseada em evidência responde a uma variada gama de questões advindas da motivação para inclusão ou não.

Como ponto de partida, saliente-se o quanto discorrido no tópico referente à racionalidade na elaboração dos protocolos clínicos. A deliberação da inclusão obedece à análise técnica tanto pelos aspectos de eficácia e segurança quanto pelo custo-benefício.

A fim de garantir a coerência do sistema e a conformidade funcional, privilegiar-se-ão os medicamentos e tratamentos previstos nas políticas de saúde, atendidos também os requisitos estabelecidos na legislação, tais como registro na Anvisa.

A questão sobre a inserção de novos tratamentos deve ser investigada pela perspectiva da obrigatoriedade de contínua atualização das listas de medicamentos e tratamentos como forma de progressivamente atender ao princípio da universalização.

De acordo com o artigo 22, parágrafo único, do Decreto 7.508/2011,[414] "A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENASES". Semelhante disposição está contida no artigo 26, parágrafo único, do mencionado decreto: "A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas".

Consoante a previsão legislativa, o exame de atualização dos protocolos deve observar o disposto no Decreto 7.508/2011, ou seja, apenas concluir-se-á pela omissão da Administração Pública quando constatadas a inércia, a deficiência ou a extemporaneidade no incremento das inserções na política pública de saúde.

---

[414] BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011 cit.

Nas circunstâncias mencionadas, o controle judicial assumirá maior intensidade porque considerará as bases empíricas postas pela própria legislação e pelo administrador público. Existindo a obrigação de atualizar os protocolos a fim de acompanhar os avanços da medicina baseada em evidência e não observada, o Poder Judiciário, no exame de proporcionalidade, conferirá maior peso à pretensão individual. Ao contrário, constatada a contínua atualização, o juiz atribuirá maior peso à lista vigente.

A deliberação constitucionalmente válida tomada pelo legislador e pela Administração Pública no exercício de suas competências deve ser respeitada pelo julgador, conforme lição de Karl Larenz colacionada no tópico atinente à interpretação constitucional.[415]

3.16 Do exame da proporcionalidade no direito fundamental à saúde

A Lei 8.080/1990 prescreve, como regra geral, a dispensação de medicamentos e tratamentos constantes dos protocolos do SUS e, quando permitida pela avaliação técnica, a substituição por aqueles estabelecidos nesses protocolos. Em verdade, quando pleiteado judicialmente um medicamento ou tratamento não previsto no SUS, o julgador deve priorizar a substituição pelo que se contém nos protocolos existentes e nas diretrizes próprias; não havendo substitutivo adequado, a partir da chancela da análise técnica e com suporte nos pesos a seguir explanados, declarará o direito subjetivo público à saúde, especificamente, ao fornecimento de certo medicamento ou tratamento pertinente com a redução do risco da doença ou do agravo.

Equiparam-se à noção de medicamentos e tratamentos não previstos aqueles indicados em caso de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

Tecendo minúcias, na hipótese de algum medicamento, produto ou procedimento perder a eficácia ou gerar intolerância ou reação adversa relevante, buscar-se-á uma terapia substitutiva, levando em conta primeiramente outra terapia incluída no âmbito do SUS, e, se ainda assim não apresentar resultado satisfatório, procurar-se-á por terapia não incluída no protocolo com sustentáculo nos pesos infraenumerados.

Eis a síntese da apuração a ser levada a cabo pelo exame de proporcionalidade nas hipóteses de medicamento e tratamento não previstos nos protocolos do SUS.

Percorreremos, por conseguinte, a trilha dessa construção.

---

[415] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit.

De proêmio, alguns fundamentos extraídos diretamente da Constituição da República devem ser observados na parametrização dos pesos no exame de proporcionalidade no âmbito do direito à saúde.

O disposto no artigo 196 conduz à conclusão de que toda atividade estatal na área de saúde deve visar à redução do risco de doença e agravos e ao acesso universal e igualitário. Têm-se, pois, as balizas de maior peso a serem consideradas na proporcionalidade: a) a redução do risco de doença e agravos; b) a universalização do acesso.

Ana Paula de Barcellos[416] propõe que a saúde básica seja considerada prestação necessária para atendimento do mínimo existencial, consistindo, pois, em um dos núcleos do conteúdo essencial da dignidade humana, como já discorremos em outro ponto. Como consignado alhures, discordamos da delimitação de um conteúdo essencial abstrato prévio, porque assumimos a posição de um conteúdo essencial relativo como resultado da proporcionalidade. Não obstante, os apontamentos por ela colacionados para descrever o que se entende por saúde básica são úteis a esta pesquisa para atribuição de pesos a serem levados em conta no exame da proporcionalidade.

A saúde básica para a jurista fluminense é composta pela prestação de serviço de saneamento (artigos 23, IX, 198, II, e 200, IV, da Constituição), atendimento materno-infantil (artigo 227, § 1.º, I, da Constituição), ações de medicina preventiva (artigo 198, II, da Constituição) e ações de prevenção epidemiológica (artigo 200, II, da Constituição).

Concordamos com a atribuição de maior peso às prestações retromencionadas no decorrer da aplicação da proporcionalidade.

Os preceitos do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[417] reforçam a atribuição de maior peso aos serviços de saneamento básico, atendimento preventivo, materno-infantil e ações de prevenção epidemiológicas, especificando as epidemias, endemias e doenças profissionais.

---

[416] BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit. Para a autora, constituem o mínimo existencial da pessoa a partir da Constituição da República de 1988 a educação básica, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça.

[417] "2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992 cit.).

Reforça ainda outro critério extraído diretamente da Constituição: a prioridade da criança e adolescente no atendimento do direito à saúde, conforme o disposto no artigo 227. Por conseguinte, terá maior peso a medida de saúde que der primazia à criança e ao adolescente.

Estribando, outrossim, na vulnerabilidade etária, deverá ser dado maior peso à medida que, após a prioridade de crianças e adolescentes, privilegiar o idoso, conforme o disposto no artigo 230 da Constituição da República.

A legislação infraconstitucional e os atos normativos infralegais também concedem critérios para a garantia do acesso universal e igualitário.

Ao tratarmos da racionalidade dos protocolos do SUS, alguns critérios foram previamente indicados. Para melhor desenvolvimento metodológico deste tópico, revolveremos o tema com acréscimos.

O registro na Anvisa confere maior peso ao medicamento ou tratamento pleiteado, consoante se deduz do disposto no artigo 19-Q, § 2.º, I,[418] e no artigo 19-T[419] da Lei 8.080/1990. Somente será possível a dispensação se ausente o respectivo registro na hipótese de uso *off label,* ou ainda no caso de aquisição pelo Ministério da Saúde para uso em programas de saúde pública, desde que, em ambos os casos, recomendado pela CONITEC.

Assentindo com a Política Nacional de Medicamentos,[420] a Relação de Medicamentos Essenciais influencia a atribuição de maior peso, porque contempla os produtos necessários ao tratamento e controle da maioria das patologias prevalentes no País, respeitadas as diferenças

---

[418] "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. [...] § 2.º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: 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."

[419] "Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: 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; II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo: I – medicamento e produto em que a indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro na Anvisa, desde que seu uso tenha sido recomendado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde; II – medicamento e produto recomendados pela Conitec e adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, nos termos do § 5.º do art. 8.º da Lei n.º 9.782, de 26 de janeiro de 1999."

[420] BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001* cit.

regionais. Nessa toada, quanto mais atualizada se mostrar a lista, maior peso deverá ser dado àquilo que nela se contém, inclusive para efeito de substituição.

Alerta relevante se traduz na posição assumida neste trabalho de que medicamentos incluídos nos protocolos de saúde assume a estrutura de regras que devem ser aplicadas independentemente de invocação da proporcionalidade. Promovida a ressalva, dessume-se que a Relação de Medicamentos Essenciais importa na exigência de constante atualização e de oferta de paradigmas de substituição.

Como a atualização da RENAME deve enfatizar as doenças mais comuns da população, segundo critério epidemiológico e, por conseguinte, ressaltar os medicamentos voltados para a assistência ambulatorial, no exame de proporcionalidade deve ser atribuído maior peso aos medicamentos e tratamentos relacionados à assistência ambulatorial.

Maior peso também deve ser conferido aos medicamentos genéricos, aos medicamentos e tratamentos de moléstias identificadas com base em critérios epidemiológicos, medicamentos de uso contínuo e voltados à assistência de pacientes de alto risco, como transplantados e renais crônicos.[421]

Deve-se ainda atribuir maior peso aos fármacos produzidos nacionalmente, o que colabora para o fornecimento regular do mercado interno.[422] Esse critério é válido constitucionalmente, dado que objetiva ampliar o acesso à saúde e, por conseguinte, a universalização. Por essa razão, não procederia qualquer argumento de ofensa à ordem econômica (artigo 170 da Constituição da República).

Com fulcro no artigo 11 do Decreto 7.508/2011,[423] confere-se maior peso à atenção primária, à gravidade do risco individual e coletivo e ao critério cronológico.

Considerando os objetivos fundamentais da República do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos termos do artigo 3.º da Constituição, deve-se atribuir maior peso à situação de maior vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica para aquisição, por si, do medicamento ou tratamento.

Por fim, o último critério a ser observado é de caráter econômico-financeiro do ente estatal fornecedor. O medicamento ou tratamento postulado será custeado até o valor máximo

---

421 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001* cit.

422 Ibidem.

423 BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011 cit.

daqueles já incluídos nos protocolos do SUS. É dizer que, no caso de concessão de um medicamento ou tratamento à margem dos protocolos sanitários, o custeio obedecerá o teto de gastos previamente considerado na formulação da política pública de saúde.

O planejamento das ações e serviços de saúde reflete as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança do medicamento, produto ou procedimento, como também a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos das tecnologias. O SUS opera com o planejamento financeiro para alcançar seu objetivo de redução do risco da doença e dos agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Em vista disso, admitir a instituição de um teto ao medicamento e tratamento não incorporado equivalente ao valor do mais alto medicamento ou tratamento fornecido pelo SUS atende ao interesse individual e à universalização.

A propósito, com o fito de promover a universalização e a igualdade, é de bom alvitre que, identificada a judicialização da demanda individual por tecnologia não contida no protocolo, a Administração Pública, especificamente a União, por meio dos órgãos técnicos assinalados em lei, instaure processo administrativo para análise da incorporação, exclusão ou alteração ao SUS, nos termos do disposto no artigo 19-R da Lei 8.080/1990,[424] regulamentado pelo Decreto 7.646/2011.[425] A conduta sugerida permitirá a incorporação ao SUS, após exame técnico, inclusive sobre a conveniência técnica de assim proceder ou justificar motivadamente, mediante argumentos racionais controláveis, a negativa de inclusão, evitando futuras demandas judiciais e o efetivo atendimento imediato da população.

Semelhantes critérios anunciados alhures para a elaboração dos protocolos de saúde pela Administração Pública podem e devem nortear a decisão judicial por serem fruto de uma construção científica lastreada em dados empíricos apurados pela medicina baseada em evidência. Esses critérios serão levados em conta durante o exame de proporcionalidade, ou

---

[424] "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. § 1.º O processo de que trata o *caput* deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: 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 § 2.º do art. 19-Q; II – (*Vetado.*); III – realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; IV – realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento; V – distribuição aleatória, respeitadas a especialização e a competência técnica requeridas para a análise da matéria; VI – publicidade dos atos processuais."

[425] BRASIL. Decreto n.º 7.646, de 21 de dezembro de 2011 cit.

seja, operam como parâmetros a serem considerados no julgamento do caso concreto pelo juiz que deverá observar os critérios empíricos que lhe circundam.

Assumir essa posição significa deferência à investigação empírica levada a cabo pelos Poderes Legislativo e Executivo no planejamento, formulação e execução de políticas públicas e, por consequência, no reconhecimento de um direito público subjetivo declarado ao fim do exame de proporcionalidade.

Para tanto, a decisão judicial dependerá de análise técnica corporificada pelo Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus), regulamentado pelo Provimento CNJ 84/2019[426] ou ainda por perícia realizada por técnico imparcial. Com essa afirmativa, intenta-se reforçar a atuação de *expert* independente, de modo que o parecer do médico que acompanha o cidadão demandante deve ser considerado em confronto com tais pareceres imparciais.

3.17 Da jurisprudência em matéria de saúde

Neste tópico, ocupar-se-á da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em decisões voltadas para a questão da saúde. Os precedentes foram escolhidos com base na importância histórica da decisão, assim como pelo fato de alguns decorrerem do controle concentrado de constitucionalidade e de repercussão geral.

Também será desenvolvido um estudo acerca do Recurso Especial nº 1.657.156 do Superior Tribunal de Justiça, que, na sistemática do recurso repetitivo prevista o artigo 1.036 do Código de Processo Civil, firmou tese na hipótese de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS.

3.17.1 Do estudo de casos do Supremo Tribunal Federal

A) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286 (AgRg-RE 271.286)[427]

---

[426] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 84, de 14 de agosto de 2019. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987. Acesso em: 22 maio 2022.

[427] "Ementa: Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5.º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-

A começar pelo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg-RE) nº 271.286, tem-se a discussão sobre o fornecimento de medicamentos para paciente com HIV/AIDS. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com fulcro no artigo 196 da Constituição da República, reconheceu a competência solidária do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul para fornecer gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento da AIDS para pacientes desprovidos de recursos financeiros e portadores do vírus HIV. Em votação unânime, a Segunda Turma do Supremo negou provimento ao recurso do Município de Porto Alegre e manteve o acórdão proferido.

Em seu voto, o relator, Ministro Celso de Mello, entendeu a existência de um direito subjetivo à saúde assegurado pela própria Constituição – artigo 196 – indissociável do direito à vida. Defendeu que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente, reconhecendo sua aplicabilidade imediata. O cumprimento do mencionado dispositivo é imperativo de solidariedade social, como se infere também do uso da expressão "Estado", a englobar União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Aduz que o sentido de fundamentalidade do direito à saúde impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva.

O acórdão do Tribunal local baseou-se na vigência da Lei 9.313/1996, que previa o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS com recursos da Seguridade Social da União, Estados e Municípios. Nota-se no voto do ministro relator que os precedentes[428] colacionados referem-se a outros julgados oriundos do Estado do Rio Grande do Sul com

hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5.º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF" (STF, 2.ª Turma, AgRg-RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, *DJe* 24.11.2000).

[428] STF: RE 236.200/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.04.1999, *DJe* 30.04.1999; RE 247.900/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.09.1999, *DJe* 27.10.1999; RE 264.269/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11.04.2000, *DJe* 26.05.2000; RE 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.2000, *DJe* 23.08.2000; RE 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.06.1999, *DJe* 17.09.1999; RE 232.335/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.08.2000, *DJe* 25.08.2000; RE 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.2000, *DJe* 02.02.2001.

menção à existência de legislação infraconstitucional a determinar a distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes portadoras do vírus HIV.

Exposto o quadro, inferem-se algumas premissas: *(i) a construção da tese da solidariedade fundamenta-se na expressão genérica "Estado" contida no artigo 196 da Constituição da República; (ii) as normas programáticas obrigam a uma prestação positiva por parte do Poder Público para concretização de um direito social; (iii) no caso em exame, havia lei com previsão expressa de fornecimento de medicamentos para pessoas carentes com o vírus HIV.*

B) Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (MC-ADPF 45)[429]

Na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a questão controvertida diz respeito à legitimidade do controle e intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. Questionou-se na ação o veto do Presidente da República, que incidiu sobre o artigo 59 da Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 10.707/2003, sob a alegação de ofensa à Emenda Constitucional nº 29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos para ações e serviços públicos de saúde.

O voto do relator circunscreve-se à averiguação da cláusula da "reserva do possível" e do "mínimo existencial", chancelando o caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Ficou consignado que o desrespeito à Constituição pode ocorrer mediante ação ou inércia estatal, seja por um comportamento ativo do Poder Público, agindo ou editando normas desconformes, seja por deixar de adotar medidas inderrogáveis à execução concreta dos dispositivos constitucionais. Destaca o relator que a realização dos direitos sociais depende da disponibilidade financeira e orçamentária do Estado; a ausência objetiva de recursos implica limitação material à imediata efetivação do comando constitucional. Não obstante, sob tal afirmativa não se encontra a inviabilidade financeira maquiada, de modo que a cláusula da reserva do possível somente pode ser invocada quando houver justo motivo auditável objetivamente. Citando Ana Paula de Barcellos,[430] o relator aponta que, apenas depois de

[429] STF, MC-ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, *DJe* 04.05.2004.

[430] A autora é referenciada nesta pesquisa e suas ponderações foram incorporadas ao longo do texto, às quais nos reportamos (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana cit.).

garantido o mínimo existencial, a reserva do possível seria invocável. Por fim, o Ministro Celso de Mello conclui:

> Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucional.

C) Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.355 (AgRg-SS 3.355)[431] *e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (AgRg-STA 175)*[432]

As ações serão investigadas em conjunto em virtude de terem sido julgadas na mesma sessão e relatadas pelo Ministro Gilmar Mendes. As razões de decidir são semelhantes e serão indicadas indistintamente. Ressalte-se que em ambos os casos os fármacos possuíam registro na Anvisa e não estavam incluídos nos protocolos do SUS.

Por unanimidade, o Plenário acompanhou o voto do relator.

No âmbito dos direitos fundamentais, o foco está na natureza prestacional, na proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente, na aplicação imediata e na eficácia vinculante das normas programáticas atinentes ao tema. Também pontuada a teoria de Robert Alexy[433] quanto à definição definitiva do direito social a partir do método do sopesamento.

Quanto à intervenção judicial, o voto foi proferido no sentido de que essa intervenção não decorre de omissão absoluta em matéria de políticas públicas para a proteção do direito à

---

[431] "Ementa: Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidrogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Plenário, AgRg-SS 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, *DJe* 30.04.2010).

[432] "Ementa: Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento" (STF, Plenário, AgRg-STA 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, *DJe* 30.04.2010).

[433] O autor é referenciado nesta pesquisa e suas ponderações foram incorporadas ao longo do texto, às quais nos reportamos (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.).

saúde, mas sim para o cumprimento de políticas já estabelecidas, de modo que ausente a atuação jurisdicional em âmbitos de livre apreciação ou ampla discricionariedade dos demais poderes na formulação de políticas públicas.

Deve-se distinguir se a prestação de saúde pleiteada não foi incluída por omissão legislativa ou administrativa, por uma decisão administrativa de não a fornecer ou por uma vedação legal à sua dispensação. Na hipótese de prestação incluída, o Judiciário não cria política pública, tão só reconhece o direito público subjetivo e determina o cumprimento dessa política pública.

A decisão pela não inclusão de determinada tecnologia deve se pautar por motivação justa calcada em evidências científicas, visto que o SUS adotou a corrente da "Medicina com base em evidências". Ademais, vindicam atenção as questões relativas ao fornecimento de tratamento alternativo ou pela inexistência de tratamento específico para determinada patologia pelo SUS.

Por fim, os fundamentos colacionados nos julgados em epígrafe para justificar a solidariedade entre os entes federados podem ser enumerados da forma seguinte:

> (i) competência comum para cuidar da saúde; (ii) causa de pedir consistente na negativa pelo SUS de prestações na área da saúde; (iii) descentralização dos serviços do SUS; (iv) conjugação de recursos financeiros dos entes da federação; (v) rede regionalizada e hierarquizada do SUS; (vi) diretrizes básicas para as ações de saúde; (vii) financiamento público; (viii) cobertura universal das ações de saúde; (ix) estabilidade dos gastos com a saúde e captação de recursos.

D) Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 855.178 (RE-RG 855.178)[434]

O Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 855.178 foi julgado sob a sistemática da repercussão geral, vinculando, pois, a atuação dos juízes nacionais. O acórdão reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que "o tratamento adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto" (Tema 793).

Ao reafirmar a jurisprudência, o acórdão se socorreu do mérito já decidido no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3.355/RN e Agravo Regimental na Suspensão de

[434] "Ementa. Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente" (STF, Plenário, RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2015, *DJe* 16.03.2015).

Tutela Antecipada nº 175/CE, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, bem como de órgãos fracionários da Suprema Corte que acabam por retornar aos fundamentos da suspensão de segura e de tutela antecipada mencionados.[435] Somente um argumento diverso é acrescido, qual seja, o *espírito de solidariedade*. Não obstante, há mera menção, sem qualquer digressão sobre seu conteúdo.

Por fim, cumpre trazer à baila que, no mérito, a conclusão do Plenário se deu por maioria, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio. A Ministra Cármen Lúcia não se manifestou.

E) Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 657.718 (RE-RG 657.718)[436]

---

[435] STF: Ag-AI 822.882/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.06.2014, *DJe* 06.08.2014; AgARE 738.729/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.06.2013, *DJe* 15.08.2013; AgARE 744.170/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.11.2013, *DJe* 03.02.2014; AgRE 586.995/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.06.2011, *DJe* 16.08.2011; AgRE 607.381/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2011, *DJe* 17.06.2011; AgRE 756.149/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.12.2013, *DJe* 18.12.2014; AgAI 808.059/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.12.2010, *DJe* 1.º.02.2011, todos da 1.ª Turma; AgARE 803.274/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13.05.2014, *DJe* 28.05.2014; AgRE 716.777/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.04.2013, *DJe* 16.05.2013, ambos da 2.ª Turma.

[436] "Ementa. Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na Anvisa, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (*e.g.*, EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: '1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União'" (STF, Plenário, RE-RG 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22.05.2019, *DJe* 09.11.2020).

A discussão aviada no RecursoEextraordinário (RE-RG) 657.718 diz respeito à obrigação (ou não) do Estado de fornecer medicamentos não registrados na Anvisa e ainda à correta eleição do polo passivo da ação.

O relator Ministro Marco Aurélio votou no sentido de imprescindibilidade do registro na Anvisa para fornecimento do medicamento, proposta a seguinte tese em repercussão geral: "[...] o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária-Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento". Não obstante, o voto sobejou vencido.

Sagrou-se vencedor o voto do Ministro Roberto Barroso que reafirmou a força normativa e a efetividade da Constituição, salientou o registro sanitário como essencial para a tutela do direito à saúde, e não mero pressuposto burocrático, a necessidade de deferência à decisão da Anvisa e propôs parâmetros para a atuação judicial no fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa.

Com relação aos medicamentos experimentais, é vedado ao Poder Judiciário obrigar o Estado a fornecer, porque ausentes informações científicas que o justifiquem. Na hipótese de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, a atuação judicial é excepcional e apenas pode ocorrer quando houver mora irrazoável da Anvisa na apreciação do pedido. Mostram-se exigíveis ainda os seguintes requisitos cumulativos: a) existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; c) inexistência de substituto terapêutico registrado na Anvisa.

Por fim, o voto vencedor realçou a legitimidade exclusiva da União para figurar no polo passivo da demanda, visto que o registro se inclui no exercício da atividade de regulação de autarquia federal.

Pela transcrição dos debates do julgamento, ficou evidente a preocupação dos Ministros da Suprema Corte a respeito da questão da solidariedade entre os entes federados. Não obstante, ficou consignado que essa discussão transcorreria no julgamento do Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 566.471, também submetido à sistemática da repercussão geral e de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Concluíram que a definição da legitimidade passiva da União seria decorrência lógica da exigibilidade do registro na Anvisa, e não uma ruptura da tese da solidariedade já sedimentada.

Transcreve-se a tese de repercussão geral fixada (Tema 500):

> 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei n.º 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

F) Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 566.471(RE-RG 566.471)[437]

A repercussão geral do tema foi reconhecida em julgamento virtual de 03.12.2007. A controvérsia reside na obrigatoriedade – ou não – de o Estado fornecer medicamentos de alto custo ausentes do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do SUS.

O acórdão recorrido da lavra do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte foi proferido no sentido de impor compulsoriamente ao Estado do Rio Grande do Norte a obrigação de fornecer o medicamento de alto custo não previsto no protocolo do SUS. Contra esse julgado, recorreu extraordinariamente a Procuradoria do Estado.

O mérito do recurso extraordinário já foi julgado e desprovido, por maioria de votos, nos termos do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio. A corrente sagrou-se vencedora concluindo que, no caso de remédios de alto custo não incluídos no sistema, o Estado somente será obrigado a fornecê-lo se comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para aquisição. O Poder Público ficará dispensado de prover fármacos não registrados na agência reguladora.

Não obstante o julgamento do recurso extraordinário, a tese de repercussão geral não fora fixada na mesma oportunidade, o que ocorrerá em assentada posterior.

Na sessão de julgamento virtual do período de 21.08.2020 a 28.08.2020, três propostas de tese de repercussão geral (Tema 6) foram tornadas públicas, conforme certidão de julgamento, que ora transcrevemos:

Proposta do Ministro Marco Aurélio

> O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros

[437] STF, Plenário, RE-RG 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio.

da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Proposta do Ministro Alexandre de Moraes

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.

Proposta do Ministro Roberto Barroso

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com *expertise* técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

G) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341 (ADI 6.341)[438]

[438] "Ementa: Referendo em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Direito constitucional. Direito à saúde. Emergência sanitária internacional. Lei 13.979 de 2020. Competência dos entes federados para legislar e adotar medidas sanitárias de combate à epidemia internacional. Hierarquia do Sistema Único De Saúde. Competência comum. Medida cautelar parcialmente deferida. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações do Supremo Tribunal Federal na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341/DF foi a primeira ação de controle concentrado com decisão proferida, ainda que monocraticamente e *ad referendum* do Plenário, no período da pandemia da Covid-19.[439] Pela natureza de ação objetiva, ostenta eficácia contra todos e efeito vinculante com relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Abrange questões jurídicas relevantes sobre a ação ou omissão do Poder Público no enfrentamento da pandemia da Covid-19 e, portanto, em matéria sanitária.

O julgamento ratificou a competência concorrente dos entes públicos para atuação na área da saúde pública, aduzindo interessantes assentamentos. A ação impugnou aspectos de inconstitucionalidade formal e material de dispositivos da Medida Provisória 926, de 20 de março de 2020, relativamente às alterações promovidas no artigo 3.º, *caput*, incisos I, II e VI, e §§ 8.º, 9.º, 10 e 11 da Lei federal 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, como também a invalidade por arrastamento do Decreto 10.282/2020, que a regulamenta.

Em virtude da delimitação do objeto desta pesquisa, discorreremos tão só sobre a última – inconstitucionalidade material.

Em decisão monocrática de 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio, relator, suspendeu a eficácia dos dispositivos questionados, *ad referendum* do Plenário da Corte, sob o argumento de que as medidas previstas na legislação estariam de acordo com a competência concorrente na forma do artigo 23, II, da Constituição da República, bem como a competência administrativa comum. A decisão na medida cautelar fora referendada pelo Plenário, julgando-

competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do *caput* do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados-Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a *expertise* necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde" (STF, Plenário, ADI 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.04.2020, *DJe* 13.11.2020).

439 BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

se o mérito da ação na mesma oportunidade. Figurou como redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, que construiu seu voto sobre oito premissas expressas:

> (i) exigência de controle e contrapesos no Estado Democrático de Direito; (ii) observância de parâmetros materiais para o exercício da competência a fim de viabilizar o controle; (iii) compreensão da omissão estatal como erro significativo na formulação de políticas públicas; (iv) prerrogativa da União para assumir a competência central em matéria de saúde pública, com fulcro no artigo 24, § 1.º, e artigo 23, parágrafo único, ambos da Constituição; (v) investigar na própria legislação o fundamento constitucional para o exercício da competência; (vi) prerrogativa da União na edição da Lei 13.979 para legislar sobre vigilância epidemiológica; (vii) previsão do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que preconiza a saúde como obrigação dos Estados Partes, tanto na prevenção como no tratamento posterior; (viii) predição da competência da União, com salvaguarda da competência dos demais entes federados, no Regulamento Internacional Sanitário, aprovado pela Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde.

O voto vencedor rememorou a posição da Corte Constitucional no sentido de exigir o integral e efetivo cumprimento da obrigação de concretização dos direitos fundamentais, aduzindo a prerrogativa da União de demover a qualquer momento leis estaduais e municipais, editando lei geral ou lei complementar de atuação cooperativa. Nessa perspectiva, a União ocupa a figura central do sistema de proteção ao direito fundamental à saúde, sendo constitucionalmente válida, no entanto, a atuação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na hipótese de omissão do ente federal.

3.17.2 Revisão crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg-RE) nº 271.286, a predição da aplicabilidade imediata das normas programáticas é uma das teses desta pesquisa, conforme se observa ao longo do texto.

No entanto, as premissas *"i"* (*a construção da tese da solidariedade se fundamenta na expressão genérica "Estado" contida no artigo 196 da Constituição da República)* e *"iii" (no caso em exame, havia lei com previsão expressa de fornecimento de medicamentos para pessoas carentes com o vírus HIV)* merecem comentários.

A despeito de se admitir que a expressão "Estado" engloba genericamente todos os entes federativos, infere-se uma leitura isolada do artigo em detrimento dos demais dispositivos relativos à saúde e seguridade social, tal como o artigo 194, que prevê a universalidade de atendimento e cobertura (inciso I), seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços (inciso III), e artigo 198, que cria o SUS como uma rede regionalizada e hierarquizada.

Quanto ao item “iii”, embora à primeira vista pareça irrelevante, há uma peculiaridade que não se deve olvidar. A hipótese referenda o fornecimento de medicamento já previsto no protocolo de saúde, portanto situação diversa da do objeto desta pesquisa, que se circunscreve aos tratamentos ainda não encampados pelas políticas públicas. A construção da fundamentação racional na conjuntura do acórdão é mais simples do que se imagina, porque a decisão judicial apenas determina o cumprimento de providência decorrente de deliberação legislativa e executiva.

O ponto nodal desta pesquisa reside na intervenção judicial quando a tutela pretendida deve ser esculpida diretamente do Texto Constitucional, ausente qualquer regulamentação legislativa ou administrativa específica, isto é, quando o medicamento ou tratamento não estiver incluído na política pública de saúde.

Dessarte, consoante a estruturação das normas de direitos fundamentais como regras e princípios, bem como do método da proporcionalidade para resolução de conflitos, duas proposições sobressaem.

Quanto à demanda judicial versar sobre medicamento ou tratamento previsto nas políticas públicas, é pertinente concluir que se trata de uma regra. Tratando-se de regra, não há espaço para análise da proporcionalidade, visto que, válida, aplica-se de pronto. Nessas circunstâncias, o Poder Judiciário apenas determina o cumprimento da política pública da lavra do legislador e administrador.

Por outra via, se a demanda judicial se restringir ao fornecimento de medicamento ou tratamento ainda não incorporado aos protocolos do SUS, a solução será extraída diretamente da Constituição, por se tratar de um direito social, configurado por princípios normativos, cuja exigibilidade decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que vincula os três poderes constitucionais. O direito público subjetivo, no entanto, nascerá do resultado da proporcionalidade operada na espécie, tornando posições *prima facie* em definitivas.

Sobre a competência comum que lastreia os diversos julgados colacionados, reportamos ao tópico específico em que ficou demonstrada – espera-se – a prevalência da União como ente central da competência legislativa e material do tema saúde. Ademais, a atuação conjunta não se contrapõe à noção de prestações diversas ou fragmentadas, no esteio das disposições legais. Alguns acréscimos ainda devem ser trazidos à baila.

Quanto aos demais fundamentos, embora referidos na sustentação da solidariedade, divergimos desse entendimento, pois o exame acurado conduz à conclusão contrária.

Compulsando as normas constitucionais e infraconstitucionais, os argumentos atinentes à descentralização dos serviços do SUS, conjugação de recursos financeiros dos entes da federação com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, à formação de uma rede regionalizada e hierarquizada das ações e serviços de saúde, segundo o critério da subsidiariedade, para constituição de um sistema único, ao estabelecimento de quatro diretrizes básicas para as ações de saúde, ao financiamento público, à cobertura universal das ações de saúde e à estabilidade dos gastos com a saúde e captação de recursos, reforçam nossa defesa pelo respeito à delimitação de competências no âmbito do SUS, rechaçando a tese da solidariedade.

De início, observa-se que o Capítulo II do Título VIII da Constituição, que trata da seguridade social, assim como na Seção II, que cuida especificamente da saúde, não há previsão de solidariedade em seu corpo. É incontroversa a solidariedade típica dos direitos sociais, o que, contudo, não implica o reconhecimento do instituto civilista da obrigação solidária como se socorre a jurisprudência pátria.

A solidariedade estabelecida em um Estado Democrático de Direito tem como supedâneo a atuação do Estado e da sociedade para reduzir desigualdades e distribuir de forma equitativa os bens jurídicos, garantindo a dignidade da pessoa.

Compulsando o Agravo Regimental na Suspensão de Segurança (AgRg-SS) nº 3.355, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (AgRg-STA) nº 175 e o Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 855.178, os argumentos colacionados para a construção da tese da solidariedade não resistem ao crivo do discurso racional, com a devida vênia.

A Constituição prescreve a criação de uma rede organizada a partir da regionalização e hierarquia entre os diversos níveis governamentais. A competência comum não significa, por si, que as providências para efetivação dos direitos fundamentais são indistintas para todos os entes federados e, portanto, exigíveis de qualquer um se o Texto Constitucional é expresso quanto à forma de organização da rede, conforme o artigo 198. Não há palavras inúteis na Constituição, assim como inexiste hierarquia entre as normas.

Como pontuado por Karl Larenz,[440] o Judiciário deve respeitar a opção levada a termo pelo Legislativo e Executivo. Somem-se os princípios de interpretação constitucional, em especial o da unidade, da adequação ou concordância prática, pelos quais a leitura do texto deve indicar coerência e coesão com o todo, harmonizando as normas constitucionais, bem como

[440] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito* cit.

com coordenação e combinação dos bens jurídicos, evitando o sacrifício desproporcional ou total aniquilamento de um deles.

Relevante também o princípio da justeza ou conformidade funcional, visto que a interpretação deve conduzir ao correto delineamento do esquema organizatório-funcional estabelecido pela Constituição. Em semelhante toada, o princípio do efeito integrador prediz a necessidade de a interpretação colaborar com a integração política e social e com o fortalecimento da unidade política.

Nessa perspectiva, a singela previsão do artigo 23, II, não configura a prestação de saúde em obrigação solidária, porque os demais dispositivos veiculam comandos contrários.

Quando o artigo 198 se refere à regionalização, reconhece as diferenças existentes nos diversos níveis federados, inclusive quanto à capacidade de financiamento, e em especial a diversidade do território e população nacional. Ao regionalizar, a Constituição confere indubitável proeminência à pluralidade da República do Brasil. Por conseguinte, respeitar essa pluralidade significa maior capacidade de efetivar direitos.

É ainda com base nessa diversidade que a Constituição prevê discrepância no financiamento das políticas públicas de saúde, ou seja, institui percentuais e base de cálculo variáveis de acordo com cada nível governamental, porque respeita os parâmetros de arranjo tributário que ela própria impõe, como se extrai do artigo 198, § 2.º.

A universalidade de acesso e cobertura é instrumento primordial a figurar no método da proporcionalidade exposto em tópico próprio. A capacidade de expansão da rede é fator de peso a ser considerado no exercício racional da proporcionalidade. A universalidade decorre do princípio da igualdade, o que autoriza o tratamento desigual. Contudo, esse tratamento desigual não pode eliminar o direito à saúde de outrem, quando se toma em conta a capacidade financeira fática e jurídica. Tal afirmativa também não pode levar à conclusão de que o cidadão que demandasse medicamento não incorporado não receberia tratamento adequado, tendo em vista que há soluções alternativas nos protocolos terapêuticos.

A relevância das ações e serviços de saúde a que alude o artigo 197 da Constituição da República não acrescenta qualquer fundamento para sustentar a solidariedade.

Acrescente-se que o argumento atinente à negativa do fornecimento do medicamento ou tratamento pelo SUS importa mais para verificação das condições da ação do que propriamente para o mérito. Não se vislumbra relevância para o objeto deste estudo.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.341, o Supremo assentou a preponderância da União como ente central do SUS. É correto sustentar que não se afastou a competência de Estados e Municípios, porém asseverou que o exercício dessa competência justificar-se-ia na conjectura de omissão ou inércia do governo federal. A afirmação reforça o entendimento defendido ao longo desta pesquisa de que há diversidade de competência e atuação prevista na própria Constituição no âmbito da saúde pública, diversidade essa instituída como imperativo de efetivação de direitos fundamentais. Por essa razão, tratar a competência dos entes de modo uniforme ofende os comandos constitucionais.

O Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 657.718 e o Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 566.471, ambos submetidos à sistemática da repercussão geral, indicam uma guinada na jurisprudência da Suprema Corte e aguçam a aprovação da diversidade de competência dos entes públicos em matéria de saúde pública e que tal diversidade é compatível com o Texto Constitucional, portanto válida para a efetivação de direitos fundamentais.

No primeiro, o Plenário fixou a tese de repercussão geral (Tema 500) no sentido de que as demandas judiciais com solicitação de medicamentos não registrados na Anvisa devem ser propostas em face da União, porque compete à autarquia federal a concessão do registro.

Por sua vez, no Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 566.471, conquanto ainda não fixada a tese de repercussão geral (Tema 6), as propostas do Ministro Alexandre de Moraes e Ministro Roberto Barroso apontam para a legitimidade passiva da União em demandas cujo pleito circunscreve-se a medicamentos ou tratamentos não contidos nos protocolos do SUS.

A tese do Ministro Alexandre transparece a possibilidade de o titular do direito fundamental acionar diretamente a União ou de os demais entes exigirem o ressarcimento da União, caso demandados em ação própria.

O Ministro Barroso, no entanto, propõe a exclusiva legitimidade da União para figurar no polo passivo, o que aparenta ser mais acertado para o equilíbrio do esquema organizatório-funcional do SUS. Trata-se da posição defendida neste trabalho: nas demandas de saúde em que for pleiteado medicamento ou tratamento não constante dos protocolos do SUS, o polo passivo deve ser ocupado exclusivamente pela União, porque é o único com legitimidade passiva para tanto.

A despeito de o Recurso Extraordinário (RE-RG) nº 566.471 veicular a causa de pedir atinente a medicamento de alto custo, a essência da questão jurídica encontra-se na incorporação ou não aos protocolos terapêuticos do SUS, portanto o tema delimitado nesta

pesquisa. Rememorando a desigualdade social e econômica da população brasileira, o alto custo seria um conceito inócuo; para aquele que sobrevive abaixo da linha da pobreza ou em situação de miserabilidade, qualquer valor se enquadra no conceito. Logo, o cerne está na inclusão ou não nas políticas públicas de saúde.

Indispensável tão só investigar se o tratamento ou medicamento está inserido ou não nos programas do Sistema Único. Em caso positivo, a norma que veicula o direito à saúde ostenta a estrutura de regra e, assim, o Poder Judiciário determina o cumprimento da política pública ao reconhecer a validade dessa regra. Em caso negativo, ou seja, não incluído, o Poder Judiciário deve construir a solução com fulcro na proporcionalidade para se chegar à conclusão de caracterizar aquela pretensão como um direito público subjetivo, na perspectiva de Robert Alexy,[441] transformando posições jurídicas *prima facie* em definitivas.

Ressalvando os recursos extraordinários submetidos à sistemática da repercussão geral, RE nº 855.178, RE nº 657.718, RE nº 566.471, e ADI nº 6.341, todos os outros julgados foram consolidados em momento anterior às modificações produzidas na Lei 8.080/1990 pelo advento da Lei 12.401/2011, o que pode refletir nas diferentes percepções desta pesquisa e do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Questão substancial também está na carência de critérios para aplicação da proporcionalidade nas decisões colacionadas. A despeito de o Supremo Tribunal Federal empregar a proporcionalidade como razão de decidir, não foi possível identificar critérios estritamente delineados para o exame da adequação, necessidade e proporcionalidade. Por suposto, a proporcionalidade seguiu a afirmação da saúde como um direito fundamental e as razões para configuração da rebatida solidariedade entre os entes, consoante desenvolvido em outro momento, o que, no entanto, não satisfaz os objetivos desta pesquisa.

O socorro à proporcionalidade, conforme anotado em capítulo próprio e esmiuçado neste capítulo no tópico direcionado à proporcionalidade em matéria de saúde, permite o controle da decisão judicial construída em bases racionais de argumentação consoante os critérios propostos alhures.

---

[441] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., 2017.

3.17.3 Do estudo de caso do Superior Tribunal de Justiça

O Recurso Especial (REsp) nº 1.657.156,[442] de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi julgado, por unanimidade, no ano de 2018, pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça com acórdão publicado em 4 de maio de 2018.

O recurso foi submetido à sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil.

O caso concreto diz respeito a uma paciente portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), alegando a necessidade de uso contínuo de medicamento (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), prescrito por médico do SUS.

A tese foi afetada sob o Tema 106 (Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS). Ao fim do julgamento dos embargos de declaração, firmou-se a tese no seguinte sentido:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
> (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
> (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
> (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

---

[442] "Ementa: Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde – SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. Tese para fins do art. 1.036 do CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015" (STJ, 1.ª Seção, REsp 1.657.156, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.04.2018, *DJe* 04.05.2018).

O voto do relator Ministro Benedito Gonçalves reconheceu a tramitação dos recursos extraordinários submetidos à repercussão sobre os quais mencionamos anteriormente.[443] A despeito de identificar a similitude entre as questões discutidas, ressalvou que não são idênticas, visto que, enquanto se discute no Recurso Extraordinário (RE) nº 657.718 sobre os medicamentos não aprovados na Anvisa e no Recurso Extraordinário (RE) 566.471 a respeito dos medicamentos de alto custo, no Recurso Especial o debate é ampliado, porque trata da imposição aos entes federados de medicamento não incorporado ao SUS, por meio de seus atos normativos, podendo ou não estar aprovado pela Anvisa, ser de alto custo ou não.

O voto vencedor do relator foi construído com fulcro na inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes, na legislação vigente, em especial o artigo 6.º, I, *d*, da Lei 8.080/1990, e das alterações advindas da Lei 12.401/2011. A obrigação de fornecimento estruturou-se por meio de três requisitos: (i) demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, assim como da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia, por meio de laudo médico expedido pelo profissional que assiste o paciente; (ii) comprovação da hipossuficiência daquele que requer o medicamento; (iii) registro na Anvisa.

3.17.4 Revisão crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O mérito do Recurso Especial (REsp) nº 1.657.156 foi julgado previamente aos recursos extraordinários alhures submetidos à repercussão geral. A tese desenvolvida nesta pesquisa absorve parte significativa do entendimento exarado no acórdão, intentando conferir maior alcance à investigação do direito à saúde como um direito fundamental social, em especial quanto à aplicação da proporcionalidade para solução da colisão entre direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade e, por fim, consolidar uma análise sistêmica acerca do tema.

Compactuamos com a ressalva levada a cabo pelo relator de que a questão discutida em nível infraconstitucional é mais abrangente do que a debatida no Recurso Extraordinário (RE) nº 566.471 e no Recurso Extraordinário (RE) nº 657.718. Anuímos ao entendimento de que, ao atuar para efetivar direitos fundamentais, o Poder Judiciário age conforme a Constituição, não sendo admissível a tese de violação ao princípio da separação dos poderes.

---

[443] STF: RG-RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio; e RG-RE 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso.

A incapacidade financeira para arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro na Anvisa foram incorporadas a este trabalho como critérios a serem considerados no exame de proporcionalidade para a concessão de medicamento não previsto no protocolo de saúde. Em que pese ao respeito à autoridade da Suprema Corte, defendemos o registro na Anvisa sem qualquer exceção, a não ser pelos usos autorizados pela agência, contrariamente ao conteúdo do Tema 500, julgado no Recurso Extraordinário (RE) nº 657.718, em razão da opção por critérios normativos e empíricos e pela deferência à atuação técnica da Administração Pública nacional.

Nossa discordância restringe-se à exigência de comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, bem como de ineficácia dos fármacos fornecidos ser atestada apenas por meio de laudo expedido pelo médico que assiste o paciente. Tal como discorremos em outro ponto, esse laudo deve ser confrontado com pareceres imparciais produzidos em juízo.

3.18 Do estado da arte

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os temas abordados nesta pesquisa pode ser sintetizada da seguinte forma.

A solidariedade dos entes públicos em matéria de saúde pública firmou-se no esteio do Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 3.355, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 e, por fim, no Recurso Extraordinário n.º 855.178, submetido à repercussão geral.

No Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n.º 3.355 e Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, ficou definido que o SUS pode se abster de custear determinado medicamento ou tratamento por ausência de evidências científicas. Em outra via, o SUS pode fornecer tratamento alternativo desde que adequado ao paciente, privilegiando o tratamento ofertado pelo sistema e se não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política existente. Na ausência de tratamento para a patologia no SUS, deve-se considerar a comprovação de eficácia e segurança.

A reserva do possível e o mínimo existencial são trazidos à baila na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45 que, por conseguinte, orienta a leitura conjunta de ambos os institutos.

No Recurso Extraordinário n.º 657.718 (Tema 500), fixou-se a tese de repercussão geral no sentido de que em certas situações pode-se obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro sanitário, hipótese em que a ação será proposta imperativamente em face da União.

O Recurso Extraordinário n.º 566.471 pende de definição da tese de repercussão geral – Tema 6. Discutem-se o dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo não previsto nos protocolos do SUS e a competência ou não da União para compor o polo passivo da ação judicial.

Por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.341 firmou o entendimento de que a União figura como autoridade central na gestão da saúde pública, resguardando-se a competência dos Estados e Municípios para agirem na omissão daquele ente federativo.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça assentou sua jurisprudência por meio do Recurso Especial n.º 1.657.156, submetido à sistemática de recurso repetitivo, no sentido de que a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS vindica dos seguintes requisitos cumulativos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

3.19 Considerações finais

Os direitos fundamentais sociais implicam uma atuação positiva do Estado, um *facere.* Não obstante, ostentam uma dimensão positiva e negativa. Na primeira, visam à realização da igualdade material, ao passo que na última corresponde à impossibilidade de impor o objeto da prestação a seu titular.

As políticas públicas sociais são orientadas pelo princípio da solidariedade social, englobando a ação do Estado, as organizações sociais e as instituições particulares de solidariedade social.

A controvérsia sobre os direitos sociais reside principalmente nos limites da separação de poderes no sentido de definir a quem compete a fixação do comando normativo definitivo e a fixação do conteúdo e alcance do respectivo direito. E assim o é porque é vedado outorgar

competência material para definição de política social aos tribunais, em razão do princípio democrático e de separação de funções. Situação diversa advém do dever constitucional do Poder Judiciário de implementar o modo e em que medida um direito originário será exercido.

As dimensões subjetiva e objetiva refletem, respectivamente, a esfera jurídica individual e a ordem de valores da comunidade.

Considerando a multifuncionalidade dos direitos sociais, sua implementação decorre da justa distribuição dos bens em certa sociedade. Três são os deveres a serem observados nesse âmbito: a) o dever de respeitar, b) o dever de proteger, c) o dever de promover os direitos fundamentais.

O direito à saúde ostenta uma vertente de direito originário e de direito derivado, a depender da previsão em lei mediadora. Na primeira hipótese, a prestação decorre diretamente do Texto Constitucional. A despeito de a Constituição assegurar as mesmas condições de acesso ao sistema público de saúde, inexiste um direito abstrato definitivo de recebimento de toda e qualquer prestação pelo Estado.

Os direitos sociais são exigíveis de pronto, superando-se o debate sobre a realização futura de normas programáticas. A atuação primária para conferir efetividade iniciar-se-á sempre pelo legislador, seguida do administrador e, por fim, na hipótese de omissão não justificada racionalmente, do juiz. Ao Judiciário incumbe o dever de avaliar os parâmetros empreendidos na conformação da situação constitucionalmente garantida. Somente a atuação fora desse paradigma ofenderá o princípio da separação de funções.

No exame da reserva do financeiramente possível, o ponto de partida encontra-se na afirmação de que o Estado é compelido a construir as bases para a progressiva implementação das prestações materiais, ficando-lhe vedado trabalhar para a estagnação ou redução do financiamento econômico. Contudo, se assim agir, amplia-se o âmbito do controle judicial.

A restrição do direito social com fulcro na reserva do possível deve ser justificada pela necessidade de realização ou prossecução de outros bens dignos de proteção jurídica.

Por conseguinte, quanto maior o esforço do Estado para ampliar suas condições financeiras a fim de realizar os direitos sociais, menor a intensidade do controle judicial sobre a conformação constitucional. O ônus recairá sobre o ente público.

Quando as prestações sociais representarem uma vantagem para um cidadão e desvantagem para outros, a lei deverá ser o sustentáculo dessa dinâmica. A tese de Gomes

Canotilho fundamenta a posição sustentada nesta pesquisa no sentido de o juiz, quando se defrontar com uma demanda de medicamento não previsto no SUS, construir sua decisão a partir de balizamentos normativo-empíricos, respeitadas as diretrizes traçadas pelos demais poderes.

Na abordagem da progressividade dos direitos sociais e vedação do retrocesso social, ficou consignado que, com sustentáculo na eficácia imediata dos direitos fundamentais, o Estado deve trabalhar para a realização da prestação e ainda para a ampliação futura do âmbito de proteção do direito social. Por essa razão, é-lhe vedado reduzir os níveis de proteção e derrogar as garantias vigentes, como ocorreu com o advento da Emenda Constitucional 86/2015, ao proporcionar a diminuição da aplicação de recursos pela União.

A sustentação do sistema de saúde brasileiro depende da reorientação da análise para a macrojustiça, a fim de estabilizar as duas garantias institucionais do SUS: a orgânica e a financeira.

A dignidade da pessoa detém uma dimensão interna e outra externa, englobando-se na primeira o valor intrínseco de cada indivíduo e na segunda, os direitos e as aspirações do homem e correlatos deveres de terceiros. A concepção proposta pelo Ministro Luís Roberto Barroso identifica a dignidade como o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo limitada por restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

Essa concepção pressupõe o estudo da laicidade e neutralidade do Estado, com supedâneo na razão pública de John Rawls.

O valor intrínseco significa que o homem é um fim em si mesmo, e não um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outrem. O Estado, por conseguinte, existe para o indivíduo, e não o contrário, conectando-se ainda aos direitos fundamentais.

A autonomia reclama as seguintes condições: a) razão; b) independência; c) escolha. Na hipótese de colisões entre autonomia de indivíduos diferentes, ou entre autonomia e valor intrínseco ou do valor comunitário da dignidade, socorre-se ao exame de proporcionalidade para encontrar o equilíbrio na circunstância.

O valor comunitário condiciona a autonomia individual aos valores, costumes e direitos de outras pessoas igualmente autônomas. Essa restrição deve ser racionalmente justificada.

No campo da saúde, a proporcionalidade envolve, de um lado, a vida, a saúde e a dignidade de um e, de outro lado, a vida, a saúde e a dignidade de outros.

A teoria consequencialista não se mostra adequada para o exame de proporcionalidade em caso de omissão estatal em matéria de direitos sociais porque, tratando-se de um dever de realização, o foco deve permanecer nessa noção, e não nas consequências advindas da inércia. Por esse motivo, optou-se neste trabalho pela investigação da proporcionalidade segundo a tese da afetação-limitação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais orienta a aplicabilidade e a eficácia imediata das normas que veiculam direitos sociais.

De acordo com Karl Larenz, na atividade interpretativa, prioriza-se o sentido que melhor se coadune com os princípios constitucionais e com a função de estabilização da Constituição. Conectado a tanto encontra-se o dever de o juiz intérprete respeitar as escolhas do legislador, quando legitimamente válidas.

Variados princípios orientam a interpretação constitucional. Enumerados no decorrer do tópico próprio, salientamos especialmente o princípio da unidade, da adequação ou concordância prática, da efetividade e da conformidade funcional para guiar o controle judicial em matéria de saúde pública.

Discriminadas as disposições sobre o tema saúde pública ao longo das Constituições brasileiras, manteve-se o foco nas inovações da Constituição da República de 1988. Entre elas, ressaltam-se a fixação da competência legislativa e material dos entes públicos e a criação do SUS.

Desenvolvido o tema da competência, conclui-se que a União ostenta a predominância da gestão e organização em matéria de saúde pública, atraindo sua legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que reclamem medicamentos e tratamentos não incluídos nos protocolos do SUS.

A verificação da racionalidade dos protocolos do SUS auxiliam na abordagem do controle judicial nas hipóteses de terapias não incorporadas, porque colabora para uma construção da decisão judicial calcada em uma argumentação jurídica com foco em evidências científicas.

O Sistema Único fundamenta-se na prescrição básica de que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução

do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação.

A universalidade pressupõe a articulação orgânica e financeira do SUS no intuito de racionalizar a distribuição de medicamentos, a partir de parâmetros científicos, ampliando as bases de sustentação do sistema e, por conseguinte, a ampliação do acesso.

A incorporação, a exclusão e a alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretrizes terapêuticas são atribuições do Ministério da Saúde por meio da CONITEC.

A Política Nacional de Medicamentos estipula as prioridades para o sucesso da política pública de saúde: a) revisão permanente da RENAME; b) assistência farmacêutica; c) promoção do uso racional de medicamentos.

A atualização da RENAME é condição imprescindível para a atualização das listas estaduais e municipais. Nessa trilha de atualização, priorizam-se a assistência ambulatorial e as doenças mais comuns da população mediante prévio critério epidemiológico, observando três pressupostos básicos:

> a) doenças que configuram problemas de saúde pública, que atingem ou põem em risco as coletividades, e cuja estratégia de controle concentra-se no tratamento de seus portadores; b) doenças consideradas de caráter individual que, a despeito de atingir número reduzido de pessoas, requerem tratamento longo ou até permanente, com o uso de medicamentos de custos elevados; c) doenças cujo tratamento envolve o uso de medicamentos não disponíveis no mercado.

Observar-se-ão critérios mais específicos:

> a) o financiamento da aquisição e da distribuição dos produtos, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros; b) o custo-benefício e o custo-efetividade da aquisição e distribuição dos produtos em relação ao conjunto das demandas e necessidades de saúde da população; c) a repercussão do fornecimento e uso dos produtos sobre a prevalência ou incidência de doenças e agravos relacionados aos medicamentos fornecidos; d) a necessidade de garantir apresentações de medicamentos, em formas farmacêuticas e dosagens adequadas, considerando a sua utilização por grupos populacionais específicos, como crianças e idosos.

O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde firma-se na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico.

A omissão na atualização dos protocolos de saúde pública pode decorrer de uma decisão técnica por não apresentar segurança e eficácia desejadas. Nessa hipótese, o SUS proporcionará tratamento alternativo previsto em seus protocolos. Identificada, no entanto, a ineficácia ou a

impropriedade da alternativa para o caso concreto, a disponibilização do tratamento passará pelo exame de proporcionalidade com os critérios propostos neste trabalho.

As relações de protocolos devem ser atualizadas a cada dois anos, de acordo com a legislação. Quanto mais atualizada, menor o âmbito de atuação judicial. Em caso de inércia do gestor público nessa atualização, maior intensidade assumirá o controle judicial.

No decorrer dos itens destes capítulos foram atribuídos maiores pesos ao seguintes critérios: a) redução do risco de doença e agravos; b) universalização do acesso; c) saúde básica, compreendida pelo saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva; d) ações de prevenção e tratamento epidemiológico; e) atendimento de criança e adolescente; f) atendimento de idoso; g) registro na Anvisa; h) atualização da RENAME; i) assistência ambulatorial e atenção primária; j) medicamentos genéricos; k) medicamentos de uso contínuo; l) pacientes de alto risco, como transplantados e renais crônicos; m) gravidade do risco individual e coletivo; n) critério cronológico; o) maior vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica; p) valor máximo da tabela do SUS.

Propõe-se que, identificada a judicialização da demanda individual de medicamento ou tratamento não contido no protocolo, a Administração Pública instaure o processo administrativo para análise de incorporação, exclusão ou alteração.

A adoção pelo juiz de critérios empíricos formulados pelo legislador e pelo gestor salienta a opção nacional de valorizar a medicina baseada em evidência, assim como demonstra deferência ao exercício das respectivas atividades dos demais poderes, que devem trabalhar em harmonia para a consecução dos objetivos da República.

Por fim, o juiz pode se socorrer do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus) e de perito judicial para a correta identificação das condicionantes fáticas no caso concreto para analisar as respectivas implicações jurídicas. Nesse contexto, eventual parecer de médico que acompanha o paciente será analisado com os pareceres imparciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 196, preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema Único de Saúde criado pela Lei Magna preconiza a saúde como um direito concreto que deve ser progressivamente ampliado para garantir o efetivo acesso universal e igualitário. O contexto democrático de debates para elaboração do tópico pertinente à saúde edificou as bases da Reforma Sanitária a ser normatizada pela novel Carta.

A *Pesquisa Nacional de Saúde 2019 (PNS)* demonstrou que o acesso do cidadão às ações e serviços do sistema de saúde ainda é deficitário, a despeito de melhoria em alguns índices. Instrumentos de saúde básica como banheiro de uso exclusivo ou ligação à rede geral de esgoto apresentam percentuais pendentes de incremento. A visita dos agentes de saúde aos domicílios cadastrados nas Unidades de Saúde da Família foi reduzida conquanto tenha havido ampliação nos números de cadastramentos. É de pequena monta a quantidade de pessoas com acesso à cobertura de planos de saúde, assim como atividades de prevenção de doenças. É insatisfatório o percentual de pessoas que conseguem obter medicamentos e tratamentos na rede pública de saúde.

Por sua vez, o relatório do Conselho Nacional de Justiça sobre a *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução – 2019* revela o vertiginoso crescimento das demandas envolvendo o tema saúde, apontando para uma possível atuação insuficiente dos agentes administrativos em matéria de saúde, a tendência de maior individualização das questões e o descompasso entre a intervenção do Poder Judiciário e as políticas de saúde, ocasionando um círculo vicioso que pode conduzir à fragilização do SUS. A pesquisa indica que parte considerável das demandas corresponde a medicamentos e tratamentos incluídos nas políticas públicas, ao passo que um índice menor retrata as demandas por medicamentos e tratamentos não incorporados. Essa conclusão, contudo, não significa menor ônus para os cofres públicos, visto que é sabido que algumas alternativas atingem valores vultosos.

As pesquisas colacionadas demonstram empiricamente o abismo entre o sistema de saúde criado pela Constituição e sua interpretação diante de casos concretos. Funcionam ainda

para reafirmar a abrangência das disposições constitucionais, a título ilustrativo, ao esclarecer que a saúde é mais do que mera distribuição de fármacos e que sua efetivação demanda integração às demais políticas econômicas e sociais, com atendimento de qualidade compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis,[444] justificando-se a escolha pela teoria de Rawls neste trabalho.

Foge ao escopo deste trabalho uma releitura do artigo 196 no sentido de centralizar o SUS no âmbito federal. O objetivo é indicar que a interpretação do dispositivo constitucional deve se pautar pela análise sistêmica da Lei Maior, a fim de resgatar o debate democrático e técnico que deu origem aos pilares de nosso sistema de saúde. Para tanto, os princípios da unidade, da adequação ou concordância prática, da efetividade e da conformidade funcional assumem relevância no controle judicial em matéria de saúde pública.

O fortalecimento do Município na execução das políticas de saúde implica um compromisso da União de financiamento contínuo e progressivo do sistema, ao contrário do que é executado hodiernamente. Esse é o sentido da Constituição. Não se compatibiliza a interpretação de que o Município deve assumir todo o financiamento do SUS e, nessa hipótese, arcar com o dever de fornecer todo tipo de medicamento ou tratamento previsto ou não nos protocolos de saúde. O governo federal – central – é obrigado constitucionalmente a oferecer todo o suporte técnico e financeiro para o soerguimento do papel do Município no SUS.

A *Pesquisa Nacional de Saúde 2019 (PNS)* e *Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução – 2019* exibem uma realidade fática diversa daquilo que se pretendeu nos primórdios da Constituição no tocante ao público atendimento. Os índices expressos no início deste trabalho sugerem que pessoas com maior capacidade financeira são as mais beneficiadas com aquisição de medicamentos por meio de demandas judiciais, contrariamente ao que preconiza o arquétipo de sustentação do SUS. A universalização atinente à cobertura populacional deve partir das áreas mais carentes e desassistidas, assim como a equidade e o atendimento oportuno devem seguir o critério da necessidade.

Invocando as diretrizes elaboradas por um debate político democrático no contexto de edição da Constituição da República de 1988 e, por conseguinte, da criação do SUS, que esta

[444] A afirmação é extraída do Relatório final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde (BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde* cit.).

pesquisa edifica suas conclusões, atenta aos critérios legitimamente considerados e positivados pela Lei Maior.

Este trabalho foca os medicamentos e os tratamentos não incorporados ao SUS, independentemente de seu custo por algumas razões. A primeira, porque a expressão "alto custo" pode variar segundo a faixa de rendimentos do cidadão. A segunda, porque o que se pretende salientar é o funcionamento adequado do sistema único e, por conseguinte, o correto manejo dos protocolos previstos nesse sistema, seja pela Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário.

Não obstante, com fundamento nas lições de Robert Alexy,[445] compreendemos que os medicamentos e os tratamentos incorporados ao SUS são veiculados por normas do tipo regras, ao passo que os não incorporados ostentam a categoria de norma princípio.

No último caso, o direito subjetivo à saúde será resultado do exame de proporcionalidade, na modalidade de proteção deficiente, com análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, transformando-se as posições *prima facie* em definitivas. Essa análise deve considerar as circunstâncias de fato e de direito que circundam o caso concreto e esse é o sentido adequado do conceito de princípio como *mandado de otimização.* As possibilidades fáticas são verificadas no âmbito da adequação e necessidade e as possibilidades jurídicas, no âmbito da proporcionalidade em sentido estrito.

A investigação da adequação ou idoneidade reporta-se aos fins constitucionais no intuito de estabelecer uma relação entre o meio legislativo escolhido e o fomento de sua finalidade, partindo de premissas analíticas e empíricas.

Na inquirição da necessidade, o meio escolhido é contraposto a meios alternativos buscando compreender a medida de intervenção mais benéfica ao direito fundamental e menor ônus ao direito afetado, com fulcro em aspectos analíticos, normativos e empíricos, considerando-se os conhecimentos técnicos existentes na época de adoção da medida pelo legislador.

Na proporcionalidade em sentido estrito, o exame se volta para a justificação da importância do fim perseguido pela intervenção legislativa para a realização do direito fundamental. A intensidade da intervenção é investigada segundo uma perspectiva analítico-normativa e empírica.

---

[445] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit.

Diante da opção metodológica adotada neste trabalho, o conteúdo essencial não assume uma feição anterior e abstrata, porém decorre do resultado do exame da proporcionalidade no caso concreto.

A dignidade da pessoa e a igualdade funcionam como balizas do exame de proporcionalidade em direitos sociais, especificamente para o caso deste trabalho, no direito à saúde.

A dignidade corresponde a um valor intrínseco a todos os seres humanos com base na autonomia individual e limitada por restrições legítimas por valores sociais ou interesses comunitários. Consoante ensina o Ministro Luís Roberto Barroso,[446] em matéria de saúde, dessume-se que "a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns *versus* a vida, saúde e a dignidade de outros".

Por sua vez, a igualdade exige a realização de uma igualdade material, permitindo-se, por decorrência, mediante razão suficiente que o justifique, o tratamento desigual para o alcance dessa igualdade. Atingir a igualdade fática é condição *sine qua non* para a adequada distribuição de bens em determinada sociedade. A averiguação da igualdade perpassa três critérios, segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:[447] a) a definição do discrímen a partir de qualquer elemento atinente às coisas, pessoas ou situações; b) a correlação lógica entre o fator de discriminação e a desequiparação experimentada; c) a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição.

Em matéria de saúde, o princípio da universalidade acede à adoção da dignidade da pessoa e igualdade para balizamento da proporcionalidade. Isso porque as normas constitucionais, convencionais, infraconstitucionais e infralegais configuram um arcabouço normativo baseado em evidências científicas para garantir o acesso de todos os cidadãos às ações e serviços de saúde.

Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas são formulados com supedâneo na investigação epidemiológica da população e regiões brasileiras e desenha o Ministério da Saúde como a figura central do sistema de saúde. O acesso universal assenta-se na avaliação da gravidade individual e coletiva e no critério cronológico, associado às diversas diretivas do sistema.

---

[446] BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial cit.

[447] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* cit.

Relevante ponto reside na omissão de atualização dos protocolos de saúde por se tratar de um dever contínuo da autoridade sanitária. A ausência de modernização dos protocolos aliada à inobservância do dever de progressiva realização dos direitos sociais e ao retrocesso social conduz à assunção de responsabilidade pela União para o fornecimento de medicamentos e tratamentos ainda não incorporados.

Ostentam maior peso no exame de proporcionalidade: a) redução do risco de doença e agravos; b) universalização do acesso; c) saúde básica, compreendida pelo saneamento, atendimento materno-infantil, ações de medicina preventiva; d) ações de prevenção e tratamento epidemiológico; e) atendimento de criança e adolescente; f) atendimento de idoso; g) registro na Anvisa; h) atualização da RENAME; i) assistência ambulatorial e atenção primária; j) medicamentos genéricos; k) medicamentos de uso contínuo; l) pacientes de alto risco, como transplantados e renais crônicos; m) gravidade do risco individual e coletivo; n) critério cronológico; o) maior vulnerabilidade ou hipossuficiência econômica; p) valor máximo da tabela do SUS.

Observando as premissas alhures colacionadas, mediante a eficácia imediata e vinculante dos direitos fundamentais, o controle pelo Poder Judiciário mostra-se legítimo porque consonante com a Constituição.

O dever de respeitar e promover os direitos fundamentais dirige-se aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Na omissão dos demais poderes em cumprir comandos constitucionais e normas válidas que delineiam o sistema de saúde, a intervenção judicial decorre da própria força vinculante dos direitos fundamentais e, nessa toada, legitima a determinação judicial sobre o gasto público.

Os protocolos de saúde no ordenamento jurídico brasileiro são definidos com base técnico-científica, de modo que o Poder Judiciário deve respeitar o âmbito de atuação empírica dos poderes, sob pena de subversão do princípio da separação de poderes.

Calcada na noção de contenção do poder, a teoria da separação assume nova roupagem na contemporaneidade, dado seu caráter instrumental. Nesta última perspectiva, compromete-se com a constitucionalização e a ordenação do poder para efetivar de imediato a Constituição.

Diante do estudo levado a cabo, entendemos que o controle judicial sobre políticas públicas de saúde relativamente a medicamentos e tratamentos não incorporados ao SUS apresenta-se legítimo como resultado da vinculação dos direitos fundamentais e do

cumprimento dos fins do Estado sempre que apoiado nas premissas empírico-analíticas aplicáveis e nas normas válidas vigentes.

No horizonte de gradação desta pesquisa, é mister avaliar a aplicação do exame de proporcionalidade nas hipóteses de demandas que envolvem leitos na rede pública ou vagas em unidades ou centros de tratamento intensivo ou semi-intensivo, visto que, à primeira vista, implica retirar um cidadão também necessitado de tratamento para posicionamento de outro, ainda que se considere a alternativa de internação em leitos particulares, porque significa uma ordenação de gasto público pelo Poder Judiciário. Denota-se imprescindível entender a atuação e a legitimidade do Poder Judiciário nesse contexto, especialmente se levarmos em conta a premissa colacionada pelo Ministro Roberto Barroso de que, em matéria de saúde, "a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns *versus* a vida, saúde e a dignidade de outros".

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidade como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador. 4. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da Saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2004. Acesso em 14 mai. 2022. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documenta3.pdf.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Medicamentos 2001*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf. Acesso em: 14 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional de Saúde 2019.* Informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de saúde. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/ visualizacao/livros/liv101748.pdf. Acesso em 25 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relatório final da 8.ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: http://www.conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf. Acesso em 29 set. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais.* São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Princípios constitucionais tributários e a cláusula* due process of law. São Paulo: RT, 1964.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Navarra: Analecta, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*: a teoria e prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: RT, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Las bases de la formación del derecho público revolucionario. *In:* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*: la formación del derecho público euroupeu tras la revolución francesa. Madrid: Alianza, 1994. Cap. 3, p. 97-152.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica.* São Paulo: Saraiva, 2001.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

IPEA. Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862. Acesso em: 16 dez. 2020.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2014.

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

PINTO, Élida Graziane. Estado de coisas inconstitucional na política pública de saúde brasileira. Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz. *Futuros do Brasil*. Disponível em https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/28232/2/Elida_Graziane_estado_de_coisas_inconstitucional.pdf. Acesso em: 28 abr. 2019.

PINTO, Élida Graziane *et al*. *Política pública e controle*: um diálogo interdisciplinar em face da Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional*. Curitiba: Íthala, 2016.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade*: uma reformulação. Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça.* Tradução Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Sevilla: Instituto Nacional de Administração Pública, 2015.

ROMERO, Luiz Carlos. O sistema único de saúde. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os cidadãos na Carta Cidadã*, Brasília, v. V, 2008. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte/view. Acesso em: 29 set. 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. A proporcionalidade e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

Legislação

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 84, de 14 de agosto de 2019. Dispõe sobre o uso e o funcionamento do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus). Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2987. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 26 maio 2022.

BRASIL. Decreto n.º 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7646.htm. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Decreto n.º 12.282, de 20 de março de 2020. Regulamenta a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 86, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm#art1. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de

recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm. Acesso em: 15 maio 2022.

BRASIL. Lei n.º 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 13 dez. 2020.

BRASIL. Lei n.º 14.313, de 21 de março de 2022. Altera a Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde), para dispor sobre os processos de incorporação de tecnologias ao Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre a utilização, pelo SUS, de medicamentos cuja indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14313.htm#art1. Acesso em: 22 maio 2022.

BRASIL. Medida Provisória n.º 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#art1. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Portaria/Portaria-188-20-ms.htm. Acesso em: 14 maio 2022.

FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 30 nov. 2020.

FRANÇA. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 26 mar. 2022.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão, 1.ª Seção, Recurso Especial (REsp) 1.657.156, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25.04.2018, *DJe* 04.05.2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão, 2.ª Turma, Recurso Especial com Agravo (AREsp) 1577194/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.11.2019, *DJe* 27.02.2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão, 2.ª Turma, Recurso Especial (REsp) 1.171.688/DF, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 1.º.06.2010, *DJe* 23.06.2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão, 3.ª Turma, Recurso Especial (REsp) 1874643, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.05.2022, *DJe* 20.05.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (Ag-AI) 822.882/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 10.06.2014, *DJe* 06.08.2014. Disponível em https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (AgARE) 738.729/RS, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.06.2013, *DJe* 15.08.2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=738729&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo (AgARE) 744.170/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.11.2013, *DJe* 03.02.2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=744.170&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) 586.995/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28.06.2011, *DJe* 16.08.2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=586995&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) 607.381/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 31.05.2011, *DJe* 17.06.2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sin

onimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=607381&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) 756.149/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.12.2013, *DJe* 18.12.2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=756149&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 1.ª Turma, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento (AgAI) 808.059/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.12.2010, *DJe* 1.º.02.2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=808059&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo (AgARE) 803.274/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 13.05.2014, *DJe* 28.05.2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=803274&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (AgRE) 716.777/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.04.2013, *DJe* 16.05.2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=716777&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Decisão monocrática, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 866, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 19.07.2021, *DJe* 20.07.2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6218965. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.04.2020, *DJe* 13.11.2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRE) 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, *DJe* 24.11.2000. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1820623. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 3.355, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, *DJe* 30.04.2010. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=SS&numero=3355. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada (AgSTA) 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010, *DJe* 30.04.2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22SS%203355%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RG-RE) 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2015, *DJe* 16.03.2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20855178%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Recurso Extraordinário (RE) 264.269/RS, Rel. Min. Moreira Alves, j. 11.04.2000, *DJe* 26.05.2000. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1800311. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RG-RE) 657.718, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22.05.2019, *DJe* 09.11.2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário (RG-RE) 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Recurso Extraordinário (RE) 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.06.1999, *DJe* 17.09.1999. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1743890. Acesso em em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, 2.ª Turma, Recurso Extraordinário (RE) 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.2000, *DJe* 02.02.2001. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1830568. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão, Plenário, RE-RG 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05.03.2015, *DJe* 16.03.2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumero Incidente=%22RE%20855178%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Recurso Extraordinário (RE) 232.335/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 1.º.08.2000, *DJe* 25.08.2000. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1719776. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (MC-ADPF) 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, *DJe* 04.05.2004. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=ADPF&numero=45#. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Recurso Extraordinário (RE) 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, j. 27.10.2005, *DJe* 08.011.2005. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2183245. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Recurso Extraordinário (RE) 247.900/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.09.1999, *DJe* 27.10.1999. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1757856. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Recurso Extraordinário (RE) 236.200/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 05.04.1999, *DJe* 30.04.1999. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1728931. Acesso em: 6 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática, Recurso Extraordinário (RE) 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.08.2000, *DJe* 23.08.2000. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1808272. Acesso em: 6 ago. 2022.

Referências complementares

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito.* Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo.* Florianópolis: Qualis, 2015.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Estado de direito e ativismo judicial.* São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos.* Coimbra: Almedina, 2018.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2012.

ARISTÓTELES. *A política.* Tradução Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da "supremacia do interesse público sobre o particular". *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado,* Salvador, n. 11, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTAR, Eduardo C.B. *Teoria do estado*: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* Tradução Ari Marcelo Solon. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 25 fev. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari.; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). *Judicialização da saúde*: a visão do poder executivo. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal.* 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: Método, 2007.

DUARTE, Leonardo de Farias. *Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DUGUIT, Léon. Por qué desaparece el sistema de derecho publico fundado em la noción de poder público? *In:* DUGUIT, Leon. *Las transformaciones del derecho público*. Navarra: Analecta, 2006. Cap. I, p. 3-19.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*: la ley del más débil. 8. ed. Madrid: Trotta, 2016.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FREITAS, Daniel Castanha de. *Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo.* Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito.* São Paulo: Saraiva, 2014. (Série eDB.)

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo I.* 8. ed. Madrid: Civitas, 1997.

GOMES. Orlando. *Obrigações.* Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A compostura jurídica do princípio. *In:* HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Cap 2, p. 129-213.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O federalista.* Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos.* Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

KRAUT, Richard et al. *Aristóteles*: a ética a Nicômaco. Tradução Alfredo Storck. Porto Alegre: Artmed, 2009.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha.* Os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Fabris, 2002.

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

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial*: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEAL, Roger Stiefelmann Leal. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAPELLI JÚNIO, Reynaldo; COIMBRA, Mário; MATOS, YOLANDA, Alves Pinto Serrano de. *Direito sanitário.* São Paulo: Ministério Público, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: RT, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Três funções estatais. *In:* MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2008. Cap. 3, p. 64-102.

MORAIS, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Alexandre de. *Presidencialismo.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro.* 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; BITTAR, Cléia Maria Lôbo. Judicialização da saúde e seus reflexos na gestão do sistema único de saúde (SUS). *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*. Disponível em https://indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/1866/pdf. Acesso em: 28 abr. 2019.

PEREIRA, Carlos Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Puppi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde*: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**.** São Paulo: RT, 2014.

PLATÃO. *A República.* 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

RAMOS, Elival da Silva*. Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social.* 2. ed. Leme: CL Edijur, 2017.

SARMENTO, Daniel. *República, inclusão e constitucionalismo*: escritos constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SANDEL, Michael J. *Justiça*: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise*: estudos em homenagem a Ruy Rubens Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porruá, 1970.

SOUZA, Júlio Cezar; GOMES, Magno Federici. A judicialização da saúde e a fronteira entre o individual e o coletivo: considerações sobre o acesso ao sistema único de saúde sustentável. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Disponível em http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1227/579. Acesso em: 27 abr. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes*: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.