

**UNIVERSIDADE PAULISTA “JULIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

AMANDA CAROLINE MANTOVANI MELO

**A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO FATOR DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

FRANCA

2018

AMANDA CAROLINE MANTOVANI MELO

**A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO FATOR DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Luciana Lopes Canavez

**FRANCA
2018**

Melo, Amanda Caroline Mantovani.

A implementação do direito à saúde como fator de desenvolvimento humano e o princípio da reserva do possível / Amanda Caroline Mantovani Melo. – Franca : [s.n.], 2018.

153 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientadora: Luciana Lopes Canavez.

1. Direito à saúde. 2. Políticas públicas. 3. Dignidade
I. Título.

CDD – 341.27

AMANDA CAROLINE MANTOVANI MELO

**A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO FATOR DE
DESENVOLVIMENTO HUMANO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO
POSSÍVEL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” como pré-requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

PRESIDENTE: _____
Profª. Drª. Luciana Lopes Canavez

1º Examinador: _____
Prof. Dr. Paulo Henrique Mioto Donadeli

2º Examinador: _____
Prof. Victor Hugo de Almeida

Franca, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

É essencial agradecer antes de tudo a Deus, pela dádiva da vida e da família em que me permitiu aprender a plantar e a semear o amor, a paciência, a sabedoria e a gratidão por cada escolha feita; que através dela me permitiu ter acesso ao que de mais valioso a vida pode oferecer: a família. Família que me proporcionou – e se Ele quiser assim será até o fim dos meus dias – oportunidades de me lapidar como filha, irmã, neta, esposa, nora, como estudante, advogada, e, em breve, também como docente.

Agradeço a meus pais, Rosa e Sérgio, cujo amor, paciência e perseverança me inspiram tanto quanto o carinho que emana de seus corações batalhadores, que muito renunciaram em prol da família e hoje colhem o produto de tamanha dedicação. Ainda, agradeço minha irmã Aline, pelos livros indicados, pelas conversas, pelas teorias, pela paciência e pelo apoio e cumplicidade que rege nossa vida pessoal e profissional; meu irmão André Luis, pela companhia, pelo apoio incondicional, pelos risos e pela saudade que me estimula a esperar ansiosamente sua próxima visita. Aos meus novos irmãos, Karine e Fábio, por trazerem ainda mais felicidade ao convívio de nossa doce família.

Em seguida, agradeço a minha nova família: Sr^a Fabiana, Sr. Waldir, e meus novos irmãos, Gabriel e Bruno, pelo carinho e convivência sempre leve, por quem igualmente nutro grande carinho.

Ao meu marido, Renato, que na alegria e na tristeza, na ansiedade, nas lágrimas e nos sorrisos tem me mostrado que posso ser ainda maior, talvez do tamanho dos meus sonhos.

Agradeço a minha competente e meiga orientadora, Prof^a. Dr^a. Luciana Lopes Canavez, que desde a fase da entrevista para o ingresso no Programa de Pós-Graduação confiou em meu potencial, orientando-me, guiando-me, indicando-me novas perspectivas acadêmicas até este momento da expectativa do almejado título acadêmico; rogo a Deus que essa convivência possa permanecer ainda por incontáveis anos.

Agradeço a cada um dos companheiros de mestrado que me acompanharam nessa trajetória, trocando experiências, sugestões de pesquisa, de leituras, opiniões.

Agradeço à Rafaela, cuja solicitude fez toda a diferença nessa reta final.

Aos queridos docentes do Programa de Pós-Graduação com os quais tive a gratidão da convivência em sala de aula: Prof^a. Dr^a. Jete Jane, Regina Laisner, Ana Gabriela, Soraya Lunardi e Luciana Canavez e Prof. Dr. Carlos Boucault, Roberto

Corona, David Rubio, Antônio Machado e Aguinaldo (que gentilmente exarou produtivas opiniões em minha banca de qualificação): todos vocês fazem parte de um capítulo da minha história sem os quais certamente eu não teria tido a possibilidade do, ainda que tímido, amadurecimento acadêmico.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a todos os funcionários da Unesp-Franca, que tão gentilmente sempre se apresentaram solícitos e competentes a todos os meus anseios.

A todos vocês, meus sinceros agradecimentos pelas partículas de gratidão deixadas em minha trajetória.

*Aos meus anjos de luz que
fazem todos os dias serem alegres,
que tornam as árduas caminhadas prazerosas
e todos os momentos gratificantes.*

RESUMO

O direito à saúde é um dos principais instrumentos de garantia do direito à dignidade humana e do direito à vida. Por meio da garantia à saúde é que se torna possível atingir um determinado nível de desenvolvimento – chamado desenvolvimento humano – que é resultado do estímulo a que o homem atinja o patamar de ideal de sua liberdade. O desenvolvimento humano atingido por meio da garantia do direito à saúde efetivo tem por resultado influenciar no desenvolvimento pessoal para que cada indivíduo encontre e desenvolva suas vocações profissionais e pessoais, para que se permita aos cidadãos viverem em função da satisfação promovida por suas escolhas, para que suas atividades profissionais ou pessoais não sejam fruto de circunstâncias externas que tolheram oportunidades e alteraram seus destinos, como a fome, a doença ou o analfabetismo. Evidentemente, há inúmeros fatores que provocam essa consequência e esta pesquisa foi delimitada unicamente ao fator “saúde”. Considerando que a Constituição Federal dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196) e que muitas vezes esse direito é olvidado pelo próprio prestador, torna-se necessário que o usuário do sistema público de saúde se utilize de meios coercitivos para que seu direito seja cumprido. É traçada a primeira premissa: sendo direito de todos, apenas terá garantida a saúde aquele que tiver acesso ao Poder Judiciário. Disto, decorrem as críticas tecidas pelo próprio Poder Judiciário, a respeito da utilização excessiva de pleitos judiciais com o escopo de compelir o Poder Executivo ao cumprimento da Constituição: a judicialização da saúde, o ativismo judicial e a ingerência entre Poderes. A premissa seguinte a ser abordada refere-se a uma das principais teses de defesa apresentada pelo Poder Público: o postulado da reserva do economicamente possível, que perpassa pelas análises dos conceitos entre princípio e norma, do princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade e, por derradeiro, sobre o princípio da proibição do retrocesso social, que obstaria – ao menos inicialmente – a invocação do postulado da reserva do economicamente possível para evitar condenações em ações de obrigação de fazer com o objeto “saúde”, pois representaria nítido regresso social vedado pela Constituição Federal. Por derradeiro, considerando que a questão do direito à saúde abarca também a questão do custo que a garantia desse direito representa ao erário, foi necessário abordar o tema da responsabilidade fiscal, com o fim de responder à indagação sobre se garantia do direito à saúde, da maneira como se tem visto ser noticiada, seria ineficaz por falta das respectivas verbas ou pelo excesso burocrático traçado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que, ao pretender proteger o erário provocaria, em contrapartida, a dificuldade no repasse dos respectivos valores. Onde estaria o real problema para tornar a saúde, efetivamente, um direito coletivamente garantido com qualidade e que teria por resultado o desenvolvimento humano dos cidadãos brasileiros? Para isso, foram utilizados os métodos analítico, dedutivo, e o empírico, dadas as pesquisas em dados estatísticos a permitir a análise da atual conjuntura verificada no campo da saúde pública, além do pensamento crítico analítico sobre o tema. Dada a estrutura de prospecção, foi possível observar que o excesso legislativo somado à ausência de controle de verificação orçamentário das políticas públicas da saúde constituem os principais fatores de descontrole público a culminar na falência do sistema de saúde; evidentemente, há outros fatores paralelos, como desvios orçamentários, falta de contratação de um número adequado de profissionais qualificados para prestarem serviços ao Sistema Único de Saúde, falta de promoção de políticas preventivas de saúde, entre outras, que, ainda que sanadas, não permitem a certeza de uma hipótese futura da plena efetivação do direito à saúde. **Palavras-chave:** Desenvolvimento humano. Direito à saúde. Judicialização de políticas públicas.

ABSTRACT

The right to health is one of the main instruments guaranteeing the right to human dignity and the right to life. Through the guarantee to health is that it becomes possible to reach a certain level of development - called human development - that is the result of the stimulus that man reaches the ideal level of his freedom. The human development achieved through the guarantee of the right to effective health has the effect of influencing personal development so that each individual finds and develops their professional and personal vocations so that citizens are allowed to live in function of the satisfaction promoted by their choices, that their professional or personal activities are not the result of external circumstances that have hindered opportunities and altered their destinies, such as hunger, disease or illiteracy. Obviously, there are many factors that cause this consequence and this research was limited only to the cause "health". Considering that the Federal Constitution states that "Health is the right of everyone and the duty of the State" (article 196) and that this right is often forgotten by the provider itself, it becomes necessary for the user of the public health system to use coercive means to ensure that their rights are fulfilled. That is the first premise: being everyone's right, only those who have access to the Judiciary may have its rights. From this, the criticisms made by the Judiciary itself derive from the excessive use of judicial litigation with the scope of compelling the Executive Power to comply with the Constitution: judicialization of health, judicial activism and interference between Powers. The following premise to be addressed refers to one of the main theses of defense presented by the Public Power: the postulate of the reservation of the economically possible, which runs through the analysis of the concepts between principle and norm, the principle of proportionality, principle of reasonableness and, and finally, on the principle of the prohibition of social retrogression, which would prevent - at least initially - the invocation of the postulate of the reservation of the economically possible to avoid condemnation in actions of obligation to do with the object "health", since it would represent a clear forbidden social return by the Federal Constitution. Lastly, considering that the question of the right to health also covers the question of the cost of guaranteeing this right to the public, it was necessary to address the issue of fiscal responsibility in order to answer the question of whether the right to health is guaranteed, as it has been seen to be reported, would be ineffective due to lack of funds or due to the bureaucratic excess laid down by the Fiscal Responsibility Law, which, in attempting to protect the treasury, would, on the other hand, lead to difficulties in passing on their respective values. Where would be the real problem to make health effectively a collectively guaranteed right with quality and that would result in the human development of Brazilian citizens? For that, the analytical, deductive and empirical methods were used, given the statistical data to allow the analysis of the current situation in the field of public health, as well as analytical critical thinking on the subject. Given the prospecting structure, it was possible to observe that the legislative excess added to the lack of control of budgetary verification of the public health policies are the main factors of public uncontrolled to culminate in the bankruptcy of the health system; evidently, there are other parallel factors, such as budget deviations, lack of hiring of an adequate number of qualified professionals to provide services to the Unified Health System, lack of promotion of preventive health policies, among others, which, although remedied, do not allow the certainty of a future hypothesis of the full realization of the right to health.

Keywords: human development. Right to health. Judicialization of public policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 O DIREITO À SAÚDE E O DESENVOLVIMENTO HUMANO	16
1.0 Conceito, natureza jurídica e aspectos da garantia à saúde	16
1.1 Breve contextualização histórica	19
1.2 Principiologia atinente ao direito à saúde.....	21
1.2.0 Do princípio da universalidade.....	22
1.2.1 Do princípio da gratuidade	24
1.2.2 Do princípio da integralidade	25
1.3 O desenvolvimento humano sob os aspectos propostos por Amartya Sen e suas características. A relação de causalidade entre o gozo do direito à saúde e o desenvolvimento humano na sociedade brasileira.....	28
1.3.0 Sobre o desenvolvimento humano: conceito e limites teóricos.....	29
1.3.0.1 Das teorias desenvolvimentistas.....	31
1.3.1 Sobre o subdesenvolvimento	33
1.3.2 O utilitarismo, o libertarismo e o perfeccionismo	35
1.3.3 Sobre a “Justiça”.....	39
1.3.4 Entre a justiça e a igualdade	49
1.3.5 O direito à saúde como um dos fatores de desenvolvimento humano.....	56
CAPÍTULO 2 MEIOS GARANTIDORES DO DIREITO À SAÚDE.....	62
2.0 Remédios constitucionais e outras ações como instrumentos de implementação do direito à saúde	62
2.0.1 A doutrina da efetividade	66
2.0.2 O deferimento de pedidos judiciais sobre saúde e o princípio da separação dos Poderes	69
2.1 O papel do Poder Judiciário nas garantias sociais: o ativismo judicial, a judicialização de políticas públicas e a dignidade humana.....	73
2.2 O atual Poder Judiciário como garante do desenvolvimento humano.....	84
CAPÍTULO 3 Princípio da reserva do possível: o orçamento público e a efetividade dos direitos sociais	89
3.0 O conceito e a natureza jurídica da “reserva do possível”: aspectos históricos e sua incidência no direito brasileiro	89

3.1 Da teoria do custo dos direitos	95
3.2 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	98
3.2.0 Do princípio da razoabilidade	99
3.2.1 Do princípio da proporcionalidade	101
3.3 O princípio da proibição do retrocesso social	110
3.4 A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e seus reflexos na efetivação do direito à saúde	116
CONCLUSÃO.....	131
REFERÊNCIAS	136
ANEXOS I.....	143
ANEXOS II	152

INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi formalmente iniciado por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e, posteriormente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, eis que sua existência e desenvolvimento estão estritamente vinculados à dignidade do ser humano por meio da efetivação dos direitos sociais. São direitos aos quais o homem faz jus pelo simples fato de estar inserido em uma sociedade civilizada.

Malgrado expreso na Constituição Federal, observa-se que o legislador Constituinte Originário ocupou-se não apenas em criar mais um direito, mas em delimitar a maneira de realização e de prestação dos serviços aos indivíduos, determinando inclusive a respectiva fonte de custeio para a sustentação desse direito.

A presente pesquisa ocupa-se em analisar a saúde como direito e como principal fator do desenvolvimento humano, existindo dois núcleos principais, distintos e paralelos de estudo: a saúde e o desenvolvimento humano, sendo este uma das principais consequências do direito à saúde, o que explica sua análise conjunta.

Para uma maior abrangência da hipótese proposta, será necessário primeiro traçar as linhas teóricas do direito à saúde, seus aspectos preventivo e repressivo, suas causas, consequências e os objetivos constitucionais. Em seguida, será analisada a questão do desenvolvimento humano e sua representatividade na sociedade atual, seu significado teórico e prático almejado e sua relação com a efetivação do direito à saúde pelo Estado.

Em seguida, serão analisados os institutos materiais e processuais promovidos pelo direito nacional para estimular com que o Estado cumpra suas obrigações, quando não de maneira espontânea pelo Poder Executivo, de maneira coercitiva pelo Poder Judiciário, mediante tutelas individuais ou coletivas condenatórias com o escopo de garantir aos indivíduos o pleno acesso à saúde.

Por fim, serão investigadas as questões orçamentárias do Estado, para identificar o ponto de intersecção em que o orçamento público seria de fato escasso e o Estado seria vítima da própria Constituição Federal e da Lei Complementar 101/2.000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

A problemática a ser apurada reside nas alegações de severa limitação orçamentária estatal, se haveria algum limite em que poderiam justificar a relativização do direito à saúde dos indivíduos, com efeitos diretos na redução do desenvolvimento humano dos usuários da rede pública de saúde; qual a extensão da legitimidade do Estado em olvidar-se de seus

cidadãos e da liberdade que lhes é inerente de serem o que desejarem ser em prol do capital e de direitos outros que não à saúde.

A não implementação ou a implementação deficitária do direito à saúde equivale a permitir ao cidadão que usufrua apenas parcialmente de sua dignidade, o que vai de encontro ao disposto no §1º do art. 5º da Carta Magna. Evidente que permitir ao homem o gozo parcial de sua dignidade é sinônimo de não o permitir, razão pela qual a saúde, para que promova o homem dentro da sociedade em que se insere, constitui-se um fator de realização de liberdades políticas, sociais e humanas, representadas por direitos como a educação ou saúde. Por isso, os direitos que vierem a ser disponibilizados à sociedade devem sê-lo de forma plena.

Cohn¹ esclarece que a promoção do direito à saúde que seja de fato efetiva e eficaz tem o condão de recuperar os sujeitos sociais dentro de uma perspectiva democrática mas que vitimiza o cidadão no que diz respeito à quase ausência de uma medicina preventiva ou mesmo de um aparato médico, técnico e humano, suficiente a garantir a recuperação da saúde e do bem estar.

O cidadão cuja saúde seja ceifada ou de qualquer maneira relativizada pelas próprias diretrizes do sistema existente no Brasil resta marginalizado, eis que lhe será tolhido o direito à participação democrática em detrimento, inclusive, dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, II e III, CF) e dos objetivos da mesma República (art. 3º, I, III e IV, CF). Não bastasse, esse contexto reflete índices negativos tanto para fins de cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) quanto os efeitos do cômputo do índice positivo (pessoas atendidas pelos serviços públicos de saúde).

Fato é que a efetivação do direito à saúde, para que seja dado como fator de desenvolvimento humano, necessita de recursos orçamentários suficientes e tempestivos a permitir à sociedade o seu gozo. Não se trata de garantir o mínimo existencial, mas sim de que o direito à saúde plena seja compreendido como um dado além. Assim, muitas das vezes o Estado se blinda de suas obrigações invocando o postulado da reserva do possível, deturpando o real significado desse postulado.

Nesse ínterim, de um lado há a necessidade de o Estado garantir aos cidadãos o gozo de um direito à saúde pleno, não apenas repressivo mas também preventivo, por meio de políticas públicas positivas e efetivas; de outro, temos a questão orçamentária do Estado, que muitas vezes age como limitador material da própria efetividade desse mesmos direitos,

¹ COHN, Amelia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula. A saúde como direito e como serviço. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

impedindo sejam habilitados nos moldes como necessitam os cidadãos, impedindo, inclusive, a promoção e desenvolvimento humanos em prol de questões econômicas do Estado.

Essa situação é tratada pelo Poder Público como uma incapacidade orçamentária, especialmente em razão dos percentuais constitucionais que apenas poderiam ser reduzidos por meio de uma nova Constituinte, bem como por outras consequências dispostas na Lei de Responsabilidade Fiscal. Trava-se, pois, o dilema: concretização do direito à saúde como meio garantidor da dignidade e desenvolvimento humano versus (in) capacidade orçamentária pública.

Um país que não confere a seus cidadãos as políticas públicas essenciais para a garantia do mínimo existencial sociocultural – que não se confunde com o mínimo existencial vital –, representado pelo direito à saúde, não confere condições humanas para o desenvolvimento físico, mental, psicológico e social de seu povo. Decorrente disto, o subdesenvolvimento das diversas capacidades humanas culmina no subdesenvolvimento da coletividade em que tais indivíduos se encontram.

Limitar a atuação do Judiciário com fulcro nos princípios da separação dos Poderes e do postulado da reserva do possível em matéria de desenvolvimento humano representa séria inversão de valores, em que o Estado, criado pelo e para a organização do homem em sociedade é elevado à categoria de principal destinatário da dignidade.

A pesquisa almeja demonstrar que não se trata, na realidade, de escassez de recursos econômicos por parte do Estado, mas de malversação de recursos públicos, haja vista que houve destinação orçamentária constitucional que sequer se tem notícias se vem sendo cumprida e, simultaneamente, observa-se a aprovação de inúmeras leis que se utilizam de parcelas do orçamento inicialmente destinado à realização do direito à saúde para finalidades públicas diversas – o que, evidentemente, funcionam como redutores dos percentuais efetivamente destinados à saúde.

Essa diversificação nas prioridades do Estado instrumentaliza o direito à saúde em prol de todas as demais finalidades que se utilizam dos recursos inicialmente destinados à saúde. Esses recursos são pulverizados e não é possível rastrear as cifras que deveriam complementar a realização da saúde e, por via de consequência, do desenvolvimento humano.

Por se tratar de uma pesquisa na área de ciências humanas com elementos de análises econômicas, algumas fontes metodológicas serão utilizadas em paralelo com o intuito de conferir a este estudo seriedade, credibilidade e ética. Será utilizada como fonte principalmente a pesquisa bibliográfica, a pesquisa realizada em sítios eletrônicos dos

Tribunais e pesquisas científicas publicadas em sítios eletrônicos públicos (como o do Ministério da Saúde) e outros, voltados à pesquisa científica das ciências humanas.

Para conferir maior qualidade à pesquisa, foram utilizados outros métodos de análise, como o analítico e o dedutivo, de forma a permitir um estudo sob o prisma técnico e também sob o prático-axiológico, bem como o método empírico, através das técnicas documental e jurisprudencial, por meio de busca de dados através dos sítios eletrônicos dos Tribunais e de órgãos públicos para a obtenção de dados oficiais no que toca aos gastos públicos.

Outrossim, a pesquisa objetiva desenvolver, mediante pensamento crítico-analítico, moderna concepção acerca da efetividade do direito à saúde diante da premente necessidade de globalização do aspecto humano dos povos, com a reflexa garantia dos direitos fundamentais e acesso à humanização em meio ao sistema capitalista, não se limitando a abordagens conceituais do campo terminológico, mas sim, expandindo-se para um raciocínio lógico-realista, traçando um contraponto entre a necessidade da efetividade do direito à saúde como aspecto fomentador do desenvolvimento humano e a necessidade de controle e manutenção orçamentários, bem como analisar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário frente aos instrumentos legais que lhe permitam fazer as vezes do Poder Público, tendo por fiel o princípio da separação dos Poderes.

CAPÍTULO 1 O DIREITO À SAÚDE E O DESENVOLVIMENTO HUMANO

1.0 Conceito, natureza jurídica e aspectos da garantia à saúde

A saúde é apenas um dos prismas a serem analisados do conceito do direito à vida, primeiro dentre os elementos classificados como “Direitos e Garantias Fundamentais” e posteriormente delimitado na Seção II do Capítulo II do Título VIII – “Da Ordem Social” na Constituição da República Brasileira. O mesmo direito é regulamentado especificamente pela Lei 8.080/1990 e legislação posterior.

Esmiuçar o entorno do que é considerado pela legislação atual como “saúde” é essencial ao escopo do presente estudo, que almeja, em um primeiro momento, investigar o grau de desenvolvimento humano da sociedade brasileira no contexto de análise proposto por Amartya Sen².

Etimologicamente, o termo “saúde” advém do termo *salude*, vocábulo do século XIII (ano 1.204) e do latim *salus* ou *salutis* e denota aquilo que causa bem-estar, salvação, cura ou conservação da vida.³ Para Sergio Pinto Martins, o substantivo “saúde” advém do adjetivo latino *saluus*, que significa inteiro, intacto, ou de *salus, utis*, que significa estar são ou salvação.⁴

No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, “saúde” foi conceituada como o “completo bem estar físico, mental e social”, o que permite concluir que saúde é algo que transpõe o mero entendimento de uma situação física ou mental de falta de doença. Nesse sentido, Cohn⁵ esclarece que a promoção do direito à saúde que seja de fato efetivo e eficaz tem o condão de recuperar os sujeitos sociais dentro de uma perspectiva democrática mas que vitimiza o cidadão no que diz respeito à quase ausência de uma medicina preventiva ou mesmo de um aparato médico, técnico e humano, suficiente a garantir a recuperação da saúde e do bem estar.

A saúde é uma das bases assecuratórias do direito à vida por ser um pressuposto necessário desta e foi formalmente delimitado por meio da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e, posteriormente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, eis que sua existência e desenvolvimento estão estritamente

² Escritor e economista indiano laureado com o Prêmio Nobel no ano de 1998, por seus estudos sobre a teoria da decisão e também sobre *Welfare State*.

³ Sítio eletrônico <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>. Acesso em: 16/03/2017, às 22h04.

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 730.

⁵ COHN, Amelia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula. **A saúde como direito e como serviço**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

vinculados à dignidade do ser humano por meio da efetivação dos direitos sociais. Apresenta, pois, natureza jurídica de direito social, adjetivado como cláusula pétrea dada sua imprescindibilidade à manutenção da espécie humana.

Tais prescrições universais dotadas de certa coercibilidade sobre a saúde retratam dois contextos divergentes, representando, por um prisma, o direito de todo ser humano a ter sua saúde íntegra, ao seu bem-estar físico e mental assegurado contra situações ambientais adversas e, por outro prisma, o dever de o estado garantir a intangibilidade da saúde dos cidadãos não só por meio de condutas repressivas, quais sejam, fornecendo equipamentos e insumos para o restabelecimento da saúde já fragilizada, como através de condutas preventivas, impedindo a proliferação de condições nocivas à manutenção da saúde.

O que se observa hodiernamente é a presença quase que somente do aspecto repressivo, curativo da moléstia que impede o cidadão de exercer qualquer de suas funções sociais. O desenvolvimento humano é fator indicador da maneira como o Estado tutela os indivíduos como componentes sociais, ou seja, o desenvolvimento humano é o ápice da efetividade do direito à saúde.

Nessa conjuntura em que a ordem primeira de proteção foi dada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, aos Estados coube adotar o mandamento e aprimora-lo, dentro das perspectivas de cada realidade social, jurídica, humana e financeira.

No Brasil, como dito alhures, o direito à saúde constitui-se cláusula pétrea e tem o aparato de toda uma legislação circunstancial a respeito, cujas margens são dadas por normas programáticas ou leis ordinárias algumas vezes carentes de regulamentação específica que o permita ser concretizado. A Constituição Federal, nesse contexto, permite com que seja o direito à saúde compreendido como um direito de natureza coletiva, eis que localizado como um direito fundamental da pessoa humana conferindo, à coletividade destinatária, meios jurídicos hábeis a exigir a prestação objeto da promessa constitucional e, ainda no mesmo raciocínio, a saúde será um direito de caráter subjetivo, eis que se constitui como parte da essência de cada ser humano individualizadamente, ainda que considerados fora de uma coletividade e, da mesma forma, dotada de meios jurídicos idôneos a exigir o cumprimento do compromisso democrático-constitucional ainda pendente de cumprimento.

O presente estudo tem como enfoque os atos do Poder Executivo acerca do tema sendo indispensável a análise ocasional dos atos do Poder Legislativo que, por razões que não nos cabem aqui pontuar, falta com a técnica legislativa ou a técnica orçamentária de modo a impedir a efetivação dos escopos das leis representativas do direito à saúde da população. Assim, leis com caráter meramente programático passam a vigorar sem qualquer previsão de

efetividade por meio de um decreto respectivo ou, mesmo quando se observa a existência da regulamentação necessária, não há provisão orçamentária capaz de sustentar a ordem contida na legislação, o que torna a lei inócua.

A necessidade de que o direito à saúde seja efetivado nos moldes consoante dado pela Constituição Federal é premente e, após perfunctório discurso supra, não há mais de se ponderar sua relevância. Contudo, faz-se pertinente examinar que, dentre as diversas formas de especulação de determinado tema, é imprescindível a menção da teoria da norma constitucional, arquitetada especialmente por Alexy, cuja citação faz-se valiosa:

As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras.⁶

Dessa maneira, as regras determinam a existência de um direito por meio de comandos objetivos, claros e certos, cuja inobservância pode traduzir-se em um descumprimento legal exigível pelos titulares do direito por meio de tutelas específicas; retratam, pois, no caso de regras atinentes ao direito à saúde, quando desatendidas ou ignoradas, uma ilegalidade (omissiva ou comissiva) por parte do Poder Executivo.

Os princípios, diferentemente das regras, têm em seu bojo um compilado de valores, de finalidades abstratas não expostas pelo legislador explicitamente em forma de regra, mas que espelham a ética, os costumes, a moral e outros componentes axiológicos da sociedade onde vige aquele princípio. Nesse contexto, o desatendimento a um princípio também pode retratar uma ilegalidade, mas, em geral, exigem-se ponderações por meio de juízos de valores acerca do tempo, do espaço, dos sujeitos envolvidos e de outros aspectos altamente capazes de conferir sua eficácia em uma dada circunstância, mas não em outra, aparentemente semelhante.

O direito posto retrata um conteúdo muitas vezes abstrato e utópico, intangível pelo Estado por diversos aspectos que se analise a questão. Contudo, o caráter deontológico do direito não é motivo para que se relativizem parcela das obrigações estatais, de forma que quaisquer alegações justificadoras de um não fazer referente a normas programáticas realizadoras de direitos sociais, transmutam-se, na verdade, em direitos vazios, em meras hipóteses legais inócuas.

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, 1997. p. 87-88.

Dessa situação erigiu no Brasil a doutrina da efetividade⁷, primeiro desenvolvida por Cláudio Pereira de Souza Neto, que almejou traçar um paralelo entre as normas constitucionais que determinavam ações positivas endereçadas ao Estado e o déficit prestacional verificável em áreas como a da saúde, o que resultava sempre em saldo negativo em detrimento da sociedade.

O escopo dessa doutrina é concretizar o mandamento contido na norma constitucional, de maneira a atingir seu grau máximo de otimização, o ápice da essência prestacional nela contida, conferindo para isso meios para a tutela individual ou coletiva do direito inobservado pelo próprio Estado, conforme se distinguem como direitos de natureza coletiva ou subjetiva. É possível afirmar, assim, que a doutrina da efetividade traduz-se na concretude das normas de eficácia imediata, tendo em vista a desnecessidade de regulamentação posterior da norma.

1.1 Breve contextualização histórica

Hodiernamente, a saúde é um direito constitucional preservado por meio de cláusula pétrea e regido por princípios específicos como o da universalidade, integralidade da atenção à saúde e equidade, que serão objeto de subtópico próprio. Mas essas diretrizes são relativamente recentes e foram traçadas no decorrer das últimas duas décadas; por isso, é imprescindível ter em mente as razões fundadoras e motivadoras de um sistema governamental destinado ao combate de moléstias e à garantia de uma saúde minimamente digna à população de uma forma geral a maneira como se desenvolveu, tornando-se o que hoje é denominado de Sistema Único de Saúde.

Em 1808, com a vinda da família real portuguesa para a Colônia para o Rio de Janeiro, apenas algumas medidas sanitárias de combate a doenças epidêmicas foram adotadas nos portos e ruas da Cidade⁸. No lapso entre 1870 até meados de 1930, iniciou-se o período de ações mais efetivas do Estado, inclusive mediante o uso de força policial, para a efetivação de

⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza *in* BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 18/03/2017, às 8h54.

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponibilizado no sítio eletrônico do Ministério Público Federal no endereço http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf. P. 12. Consulta em 26/03/2017, às 12h42.

medidas sanitárias e medidas preventivas garantidoras da saúde da população, o que culminou, inclusive, na Revolta da Vacina.

Esse marco na história brasileira teve por base o aumento alarmante de doenças contagiosas como febre amarela, peste bubônica e varíola, no ano de 1904, provocado pela quase ausência de medidas sanitárias adequadas na Cidade do Rio de Janeiro. Para conter maior disseminação dessas doenças entre a população, o médico sanitarista e cientista Oswaldo Cruz formulou um projeto de lei denominado de Lei da Vacina Obrigatória, tido pela população carioca como extremamente autoritária e pouco explicativa acerca da necessidade e da finalidade das medidas, o que culminou em uma semana de violentas manifestações. Demandou-se tempo e esclarecimentos até que a população se acalmasse e aceitasse a hipótese da vacinação em massa como adequada e necessária aos problemas de saúde verificados⁹.

No início do século XX, a saúde era objeto de trabalho de um único Ministério, que cuidava simultaneamente de assuntos referentes à Educação e à Saúde.

Com a Lei 1.920, de 25 de julho de 1953, sobredito ministério foi desmembrado em outros dois: um destinado aos cuidados de matérias pertinentes à educação e cultura e outro, destinado a matérias atinentes à saúde, sanitarismo e outras, que na época eram de atribuição do Departamento Nacional de Saúde (DNS). Apesar disso, observa-se que se tratou de uma reforma meramente burocrática e o aspecto prestacional das atividades que eram conferidas aos cidadãos restou intacta¹⁰.

Em 1975, a Lei 6.229 instituiu o Sistema Nacional de Saúde e, com o Decreto n. 94.657/87, criou-se os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUDS), com o escopo de transferir aos Estados e, posteriormente aos Municípios, responsabilidades sobre as ações de saúde.

Muitas outras alterações legislativas foram feitas no decorrer dos anos até que, com a promulgação da Constituição Federal (CF), em 05 de outubro de 1988, a saúde foi classificada como direito do cidadão e dever do Estado através de norma programática, nos artigos 196 a 200, a ser conferido por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). O art. 23, II determinou ser a saúde e a assistência pública matérias de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e o art. 24, XII, designa ser de competência concorrente dos mesmos entes estatais a proteção e defesa da saúde, por meio de normas

⁹ Informações obtidas no sítio eletrônico do governo do Rio de Janeiro. <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4204434/4101424/memoria16.pdf> Consulta em 26/03/2017, às 11h43.

¹⁰ Informações obtidas no sítio eletrônico do Ministério da Saúde. <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico> Consulta em 26/03/2017, às 11h33.

gerais editadas pela União (art. 24, §1º, CF). Dois anos mais tarde, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que revogou a Lei n. 6.229/75 e instituiu o sistema de saúde atual.

O SUS, nos termos do art. 4º da Lei 8.080/90, é conceituado de maneira abstrata como o “(...) conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público (...)”, sendo expressa a possibilidade, no §2º, da participação da iniciativa privada de forma livre¹¹, mas somente em caráter complementar.

Com o fito de bem delimitar os motivos e objetivos do SUS, o art. 5º da mesma Lei elenca como objetivos a identificação e a divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde destinada a promover a observância da redução de riscos de doenças e de outros agravos, e, por fim, a assistência às pessoas, por intermédio de ações de promoção, proteção e de atividades preventivas.

São estes os principais traços do SUS que, ainda que indiretamente, constitui também objeto deste estudo por ser o único meio posto pela Administração Pública com a finalidade exclusiva de implementar o direito à saúde dos cidadãos.

1.2 Principiologia atinente ao direito à saúde

O direito à saúde constitui-se, no âmbito internacional, um direito humano e, no âmbito nacional, um direito fundamental da pessoa humana alocado em Capítulo próprio no Título endereçado aos direitos fundamentais. Essa situação topográfica foi propositadamente escolhida para que os direitos sociais pudessem obter um alto grau de proteção jurídica ainda inédito no direito brasileiro.

A Constituição Federal confere uma elevada carga de autonomia que ultrapassa o mero aspecto subjetivo desses mesmos direitos, transmutando, com isso, a subjetividade em autênticos direitos objetivos – eis que às normas que preveem direitos subjetivos são conferidas autonomia suficiente para que seu campo de atuação ultrapasse o aspecto da mera subjetividade, da mera individualidade protecional.¹²

As garantias fundamentais da pessoa humana consolidam-se por meio de normas programáticas que determinam a criação de órgãos específicos de proteção e de outros meios

¹¹ Art. 199 da Constituição Federal.

¹² CANOTILHO, JJ Gomes, et al. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 186.

administrativos ou judiciais de tutela dos direitos previstos. No campo subjetivo, esses direitos figuram-se como direito a prestações estatais, tendo em vista que ao cidadão é garantido não apenas o direito à execução das garantias previstas, bem como a “(...) participação em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes.”¹³

Nesse ínterim, o Sistema Único de Saúde (SUS) compõe um dos primas do direito social à saúde que, por seu turno, é um dos desdobramentos das garantias fundamentais da pessoa humana enumerados no art. 5º da Constituição Federal, sendo inclusive objeto da proteção constitucional máxima de qualquer forma de restrição ou alteração decorrentes do manto da cláusula pétrea, razão pela qual dispõe de normas específicas a coordenar as ações de organização da saúde, que se fragmentam entre as regras esmiuçadas em leis específicas e princípios específicos, que mantêm intactas as razões axiológicas motivadoras da criação desse sistema e de suas finalidades.

A partir do panorama apresentado no que tange ao direito à saúde e suas vicissitudes técnicas, é imprescindível o exame minucioso da carga valorativa que o compõe e que refletem não só a carga protecional almejada pelo legislador Constituinte Originário como as intenções da sociedade em que habitamos, que foram adotadas pelo Estado Democrático e concede não só uma melhor compreensão do significado do Sistema de Saúde adotado mas, principalmente, permite traçar sua perspectiva atual e futura sob diversos prismas.

Nessa conjuntura, a principiologia contida na Constituição Federal abrange os panoramas da universalidade, da gratuidade e da integralidade, verificados a seguir.

1.2.0 Do princípio da universalidade

O princípio da universalidade é premissa de qualquer sistema de seguridade social, por determinar que o direito à saúde é universal, isto é, faz parte da esfera subjetiva de todos os cidadãos, natos ou naturalizados, nacionais ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil, ainda que em trânsito no território nacional, mas que eventualmente necessitem de atendimento capaz de manter ou conferir o gozo de sua saúde e bem-estar.

É anunciado como uma garantia de acesso à promoção, proteção e recuperação da saúde¹⁴, sendo dever do Estado sua observância. Ainda, tem o escopo de conferir maior

¹³ Ibidem, P. 187.

¹⁴ Constituição Federal. 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.

abrangência possível ao atendimento de saúde, com vistas a evitar que seja direcionado apenas às classes sociais carentes.

Esse princípio pode ser fragmentado em dois primas, sendo o primeiro objetivo, em que o Sistema de Saúde tem o dever de amparar o maior número de situações diversificadas – o que está positivado no inciso I do art. 194 da Constituição Federal que prevê como um dos objetivos da Seguridade Social, do qual o direito à saúde é uma das três pilstras, a universalidade da cobertura e do atendimento. O segundo enfoque apresenta cunho eminentemente subjetivo, em que a partir do momento quando o Estado tem o dever de fornecer meios para a manutenção da saúde da população, esta, por conseguinte, tem o direito de cobrar que a prestação desse serviço seja eficiente, tendo por baliza cada caso concreto e cada necessidade concreta e específica apresentada por qualquer indivíduo – pois todos são titulares desse direito.

Diretamente relacionado à universalidade está a gratuidade, que será analisado a seguir.

Observa-se que o Sistema Único de Saúde foi projetado com o objetivo de conferir o direito à saúde especialmente à camada mais pobre da população. Contudo, Ferraz¹⁵ aponta que universalizar a saúde pública, de maneira a constituir um direito de todas as pessoas, sendo irrelevante a classe social a que pertencem, é uma opção legislativa garantidora de "(...) maior coesão social (todos, independentemente de condição econômica, compartilham os mesmos serviços) e (...) evita ainda a estigmatização e a queda da qualidade que necessariamente acompanham os serviços públicos destinados exclusivamente aos mais pobres.”.

Na mesma dicção, esse princípio potencializa o valor social da amplitude no atendimento, tendo em vista que a sociedade brasileira tem se caracterizado cada vez mais pelo pluralismo e diversidade e o cumprimento das obrigações estatais de maneira universal significa considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica e todas as demais verificáveis em cada indivíduo componente dos grupos sociais destinatários das políticas públicas de saúde. Isso permite com que o sistema de saúde vigente tenha o condão de alcançar, efetivamente, o maior número possível de pessoas.

Importante observar que a universalidade deve ser interpretada sob a ótica substancial do princípio da isonomia, em razão de não se poder considerar que a todos os indivíduos corresponde uma mesma carga prestacional irrestritamente: é preciso que aos desiguais seja

¹⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta Apud LOBATO, Lenaura V. C. FLEURY, Sonia. (Org.). **Seguridade Social, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2009. P. 88.

concedida uma prestação ao seu direito à saúde na medida em que se desigalam dos demais indivíduos, permitindo, a *contrario sensu*, determinada garantia da efetivação do direito à saúde equivalente aos indivíduos detentores de características circunstanciais semelhantes.¹⁶

Decorrente disto, conclui-se ser, o direito à saúde, um direito difuso, por fazer parte igualmente da esfera jurídica de um número não identificável de sujeitos, dotados de medidas genéricas e específicas a certos cidadãos de núcleos sociais determinados.

1.2.1 Do princípio da gratuidade

Esse princípio está diretamente atrelado ao anterior, como será possível concluir no decorrer dessa análise.

O princípio da gratuidade denota uma linha valorativa do Estado Brasileiro que, para dimensionar e realizar a amplitude do atendimento almejado para o sistema de saúde, considerou que os custos técnico-operacionais poderiam tornar-se empecilhos materiais intransponíveis ao acesso irrestrito da população à manutenção da saúde.

Dessa maneira, atribuiu ao Estado referidos custos para obter, como consequência, o acesso livre e ilimitado de todos os cidadãos, componentes de todas as camadas sociais e de todas as diversidades nucleares existentes, ainda que não catalogadas ou desconhecidas do Poder Público, com o intuito único de concretizar, através dessa medida, a universalidade do serviço público de saúde.

Essa temática ainda carece de expansão teórica, em especial relacionada à melhor distribuição das responsabilidades e encargos, com o intuito de maximizar não só a quantidade numérica de indivíduos atendidos pelo Sistema de Saúde como também a qualidade do serviço disponibilizado à população.

Parcela da doutrina pondera a questão da gratuidade em razão do princípio da isonomia substancial, que poderia culminar na restrição da gratuidade prestacional – ou pelo menos que isso pudesse significar uma proximidade à ideia de uma gratuidade tendencial, consoante disciplinou a Constituição Portuguesa.¹⁷

¹⁶ CANOTILHO, J. J., Gomes [et al]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 1.936.

¹⁷ *Idem*. P. 1.937.

1.2.2 Do princípio da integralidade

O derradeiro princípio do sistema de saúde pública é o da integralidade, expresso no art. 198, CF:

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

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

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

III - participação da comunidade.

Por “integralidade” entende-se tanto a não aplicação de atendimento médico fragmentado diante dos pacientes como a “coordenação dos diversos serviços médicos, assistenciais e sociais”, sem se olvidar a organização administrativa e cooperação envolvidas em todas as áreas responsáveis pelo desenvolvimento do SUS¹⁸. Na contramão desta proposta, o Banco Mundial publicou, em 1987, um relatório conclusivo em que os países em desenvolvimento apresentam a tendência de revelar a saúde como um direito do cidadão e, com isso, trabalhavam para sua ampla prestação a todos na sociedade, o que se traduzia em uma medida inócua¹⁹. Evidentemente, a sugestão foi ignorada pelo Governo Brasileiro, que prosseguiu na estruturação da proposta ampliativa do sistema de saúde.

A integralidade como um ideal regulatório de políticas de saúde foi realizado com a criação do National Health Service (NHS), no Reino Unido que, em 1946, designou o princípio da responsabilidade coletiva por serviços completos e gratuitos de saúde a toda a população.²⁰

Na realidade, este princípio é o resultado de lutas sociais travadas pelo movimento sanitário desde a década de 1970, momento em que se buscava a reestruturação política do Brasil e uma parte dos militantes verteu-se contra ideais de hegemonização das práticas de saúde. O sistema de saúde brasileiro, da forma como o conhecemos, é consequência de lutas sociais derivadas dos valores sociais levantados na época, que preconizava pela solidariedade e pela justiça igualitária.²¹

¹⁸ LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa. Sonia, FLEURY. **Seguridade social, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2009. P. 89.

¹⁹ MATTOS, Ruben de Araújo. PINHEIRO, Roseni. Org. **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: UERJ, IMS: ABRASCO, 2006. P. 44.

²⁰ SILVA, Keila Brito. BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin. TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop1812>. Última consulta em 12/03/2018, às 22h03. P. 252.

²¹ MATTOS, Ruben de Araújo. PINHEIRO, Roseni. Org. Op. cit. P. 45.

Em material disponibilizado pelo Ministério da Saúde²², esse princípio é descrito como o responsável em conferir dinamismo às atuações do Sistema, pois considera as necessidades específicas de cada grupo social, ainda que minoritário, relacionando, a cada um, o respectivo grau de complexidade da política pública ou da medida de saúde que se mostre efetiva à garantia da saúde. Por meio desse princípio é que se torna possível o estudo, a criação e a efetivação de medidas de saúde especificamente destinadas a grupos determinados, como os de pessoas portadoras de HIV, a mulheres grávidas, a mulheres vítimas de violência doméstica, a indivíduos quimicamente dependentes, aos portadores de distúrbios mentais, a crianças em situação de abandono familiar, a homossexuais, a indígenas, bem como a toda a população em geral.

Evidentemente, esse tipo de política pública endereçada a grupos de riscos catalogados está condicionada a treinamentos e estudos específicos aptos à capacitação dos profissionais envolvidos, o que demanda, no mesmo contexto, a necessidade de humanização dos serviços prestados, de forma a permitir com que os riscos de cada grupo destinatário dessas políticas de saúde específicas sejam identificados e compreendidos de forma subjetiva, objetivando sua proteção no contexto isonômico da universalidade.

Para Mattos, o termo integralidade é equívoco e traz ao menos três significações distintas tendo por ponto de partida o prisma de análise: 1) pelo viés político, a integralidade elucida a alteração dos valores sociais da década de 1970 por meio de lutas do movimento sanitário, que se afastou do liberalismo econômico impondo a necessidade de intervenção estatal para promover a saúde a todos os cidadãos de forma mais justa e igualitária; 2) pelo viés médico (da medicina integral), a integralidade significa a necessidade de padronização de atendimentos e interdisciplinaridade de especialidades considerando o paciente como um conjunto – e não mais dentro de um contexto de especialidades médicas em que o paciente recebe atendimento de maneira fragmentada, nos limites do sistema anátomo-fisiológico que necessite de intervenção técnica; 3) pelo viés organizacional do Estado, a integralidade representa uma atitude a ser desenvolvida internamente pelo Estado em relação à forma como se dará a prestação da saúde: se de competência municipal exclusiva, ou de competência concorrente entre as três esferas de governo e se isso abrange apenas tratamentos preventivos

²² Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas/ Ministério da Saúde, Secretaria Executiva – Brasília: Ministério da Saúde, 2000. P. 31. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf. Acesso em 26 de março de 2017, às 16h11.

ou repressivos, e todas as demais questões práticas do fornecimento e manutenção de serviços da saúde como um todo.²³

Esse princípio é analisado por Cecílio em duas dimensões distintas: a primeira representa o objetivo de toda a equipe médica em realizar o melhor trabalho possível para aqueles que buscam o serviço público de saúde com necessidades determinadas de maneira global, o que permitiria conceder a esses usuários uma melhor qualidade de vida, a possibilidade de acesso a tecnologias que prolonguem o tempo de sobrevida com qualidade e vínculos entre os usuários e os prestadores do serviço que estabeleçam uma relação de confiança; a segunda, diz respeito a abrangência do atendimento de saúde, que não deve se limitar a própria prestação do serviço, mas sim deve ser considerado com maior amplitude possível, em rede, de forma a permitir o diálogo entre a esfera da saúde e outras instituições e serviços que, juntos, tenham o condão de melhorar as condições de vida da população, em uma atuação intersetorial.²⁴

Apesar da larga abrangência de possibilidades da adoção de medidas e tratamentos peculiares a casos variados, esse princípio veda ao Sistema de Saúde a adoção de medidas experimentais

(...) calcado em critérios de segurança e eficiência do tratamento pleiteado que, em sentido mais amplo, reportam-se às noções de economicidade. A vedação a tratamentos experimentais ou carentes de prova científica robusta e contundente no que diz com a segurança do medicamento e sua eficácia, que também alcança os tratamentos aprovados para uso diverso daquele pretendido, insere-se nesse contexto, não se podendo elastecer de modo desproporcional os riscos impostos ao Estado e à sociedade sem qualquer limitação, mormente em homenagem aos princípios da prevenção e da precaução.²⁵

É cediço que as intenções que embasaram a criação e o desenvolvimento da rede pública de saúde não se concretizaram por questões como a mercantilização da relação médico-paciente e a fragmentação do usuário, a competição dos profissionais intercategorias (entre os médicos) e intracategorias (entre médicos e profissionais de áreas distintas) médicas, a deficitária formação acadêmica que não proporciona ao estudante meios para ampliar seu espectro de análise clínica do paciente, entre outros motivos.²⁶

O princípio da integralidade está intimamente conectado à descentralização de ações da saúde que impõe aos entes federativos a obrigação específica de atender os usuários do

²³ MATTOS, Ruben de Araújo. PINHEIRO, Roseni. Org. Op. cit. P. 43-52.

²⁴ SILVA, Keila Brito. BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin. TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Op. Cit. P. 253.

²⁵ CANOTILHO, J. J., Gomes [et al]. Op. Cit. P. 1.937.

²⁶ SILVA, Keila Brito. BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin. TANAKA, Oswaldo Yoshimi. Op. Cit.

sistema de saúde em todas as suas necessidades igualmente nas esferas preventiva e repressiva.

A respeito disso, Spedo aponta quatro concepções sobre esse princípio: I – a integralidade está contida no movimento histórico do processo saúde-doença e na concepção integral de saúde da política médica alemã do século XIX, tendo adquirido as formas de medicina preventiva, medicina integral e medicina comunitária no século seguinte com cinco dimensões conceituais distintas, a saber: a) o coletivo com objeto de trabalho da saúde; b) abordagem biopsicossocial do indivíduo; c) integração sanitária por meio de ações articuladas de prevenção e cura individuais e coletivas; d) análise conjuntural da problemática da questão da saúde da população como um todo; e, por último, e) a promessa de intervenção sobre os fatores fundamentais dos processos de saúde e de doença.²⁷

A integralidade reflete a necessidade de conferir a maior abrangência possível no atendimento da rede pública de saúde – abrangência relativa ao número de pessoas atendidas, dos diversos núcleos sociais que compõem bem como abrangência referente às variações das moléstias atendidas, das mais variadas complexidades, de maneira que nenhum cidadão deixe de ser atendido pela localidade onde se encontra ou por se tratar de doença cujo tratamento classifica-se como de alta complexidade. Na realidade, o princípio da integralidade atua como um instrumento garantidor do princípio da universalidade no atendimento.

Assim, o princípio sob análise é o responsável pela articulação das ações de baixa, média e alta complexidade e pela humanização procedimental das ações do SUS, o que contribui para o aperfeiçoamento do sistema de gestão da saúde e das políticas públicas direcionadas de maneira ampla e especializada.

1.3 O desenvolvimento humano sob os aspectos propostos por Amartya Sen e suas características. A relação de causalidade entre o gozo do direito à saúde e o desenvolvimento humano na sociedade brasileira

A par das margens e motivos que envolvem o direito à saúde da maneira como homologado pelo direito brasileiro, é possível concluir ser o SUS um sistema e um instrumento criados pela Constituição Federal com o condão de prover o bem-estar da população de forma preventiva, repressiva e de recuperação, para manter a saúde dos cidadãos

²⁷ SPEDO, Sandra Maria. **Desafios para implementar a integralidade da assistência à saúde no SUS: estudo de caso no Município de São Paulo (SP)**. Tese (doutorado em Saúde Pública). USP. São Paulo, p. 20. 2009.

ou de conferir a saúde àqueles que não a detém, tendo por destinatário todos e cada um dos componentes dos mais diversos grupos sociais identificados na sociedade brasileira. Ultrapassa o caráter de um direito social, atingindo a essência de garante de direitos de primeira geração, como o direito à vida e à dignidade humanas.

Evidentemente, o direito à saúde não constitui (nem poderia) um fim em si mesmo: as sólidas estruturas organizacional e humana a que se vincula permitem com que seja possível distinguir as competências e atribuições de cada ente do Estado no papel realizador da saúde, materializando a norma constitucional programática que atribui ao Estado o dever à saúde.

Nessa perspectiva, é conveniente que a conceituação e as perspectivas sobre o desenvolvimento sejam inicialmente analisadas de forma fragmentada, com o intuito de bem delinear as propostas de Amartya Sen e o hodierno contexto do direito à saúde brasileiro.

1.3.0 Sobre o desenvolvimento humano: conceito e limites teóricos

O vocábulo “desenvolver” denota, consoante informações do dicionário oficial da língua portuguesa, o ato de desenrolar, progredir, avançar²⁸ e, no campo de análise proposto neste estudo, indica a capacidade de alterações positivas no sistema do Estado Brasileiro que são resultado da prestação eficiente do direito à saúde. É o progresso da sociedade em seus diversos ramos, caracterizado não só como causa, mas também como consequência da efetivação do direito à saúde.

A respeito, Celso Furtado afirma que o conceito de desenvolvimento tem sido elado à história contemporânea em dois sentidos distintos: o primeiro refere-se à evolução de um sistema social de produção tornada mais eficaz por meio da acumulação e do progresso de técnicas produtivas; o segundo reporta-se ao grau de satisfação das necessidades humanas, de maneira que o grau de ambiguidade observado no primeiro sentido seria potencializado pois, ao se afastar do plano da satisfação das necessidades humanas (vestuário, alimentação, segurança, saúde, entre outros), tornar-se-ia maior a ideia da adoção de um sistema axiológico, tendo em vista que a ideia de “necessidade humana” seria ofuscada se analisada fora de um contexto cultural²⁹.

O economista ainda esmiúça as três dimensões do desenvolvimento, quais sejam: “a do incremento da eficácia do sistema social de produção, a da satisfação de necessidades

²⁸ Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/desenvolvimento/>>. Acesso em: 14/04/2017, às 8h45.

²⁹ FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 21-30.

elementares da população e da consecução de objetivos a que almejam grupos dominantes de uma sociedade e que competem na utilização de recursos escassos”³⁰. Destaca, ademais, ser a terceira dimensão a mais delicada, tendo em vista que o objeto visado por grupos sociais dominantes nem sempre apresenta semelhante relevância para outro grupo social, que eventualmente possa julgar referido objeto “fútil” ou desnecessário. Esta é a razão pela qual o conceito e o conteúdo do desenvolvimento estariam diretamente relacionados a uma estrutura social e sua ideologia, que seriam os sustentáculos à implantação de uma política desenvolvimentista.

Evidentemente, o termo desenvolvimento pode ser utilizado em várias esferas distintas, consoante o objeto que se almeja analisar. No presente estudo, o termo relaciona-se tanto à esfera econômica quanto à humana e, neste sentido, designa

[...] um processo de ampliação das escolhas das pessoas para que elas tenham capacidades e oportunidades para serem aquilo que elas desejam ser. Diferentemente da perspectiva do crescimento econômico, que vê o bem-estar de uma sociedade apenas pelos recursos ou pela renda que ela pode gerar, a abordagem de desenvolvimento humano procura olhar diretamente para as pessoas, suas oportunidades e capacidades. A renda é importante, mas como um dos meios do desenvolvimento e não como seu fim.³¹

A esse respeito, é possível distinguir o crescimento do desenvolvimento, de maneira que se considera, aquele, como alterações de ordem quantitativa que nem sempre retratam melhorias reais nas condições de vida da população, “(...) podendo ser associado a um surto ou a um fenômeno cíclico por impulso exógeno, após o qual dá-se o retorno ao *status quo ante*.”³², ao passo que o desenvolvimento afigura-se no processo de mudanças estruturais e qualitativas que refletem, positiva e diretamente, na realidade socioeconômica da população, com características claras de sustentabilidade do sistema e continuidade do processo.

Para que seja possível a compreensão profícua de desenvolvimento, faz-se essencial adentrar nas principais teorias desenvolvimentistas, cujas vicissitudes permitirão uma análise crítica do termo com maior teor de pureza.

1.3.0.1 Das teorias desenvolvimentistas

³⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 19.

³¹ Sítio eletrônico das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 18/04/2017, 21h37.

³² RISTER, Carla Abrantkoski. Op. Cit. P. 36.

É cediço que há diversos prismas de análise do desenvolvimento, mas apenas três serão abordadas neste estudo, consoante diferenciações detalhadas por Salomão Filho³³.

O primeiro grupo são os teóricos das imperfeições de mercado, cujo escopo é identificar as inconsistências macro e microeconômicas de mercado e saná-las.

Um segundo grupo, denominado de nova economia institucional, busca identificar novos campos de estudo inseridos nas instituições sociais que, eventualmente, obstem o adequado funcionamento do mercado, visando reduzir os custos de transação mercadológico, de maneira a que as operações fluam naturalmente. Nessa linha, destaca-se Douglass North, economista estadunidense, laureado com o Prêmio Nobel de economia no ano de 1993.

Ambos os grupos advêm da metodologia da teoria neoclássica e criticam o modelo de mercado, sem maiores ressalvas, contudo, aos pressupostos ou ao método neoclássico.

O derradeiro grupo é formado por estudiosos que se debruçaram em temas que abarcam a antítese pobreza vs. desenvolvimento, elevando a questão dos valores sociais sob a ótica da teoria econômica. O principal expoente é o economista indiano Amartya Sen, escritor laureado com o Prêmio Nobel de economia no ano de 1998, que “(...) põe em cheque a própria teoria da escolha social dominante, duvidando da possibilidade de definir um ótimo social apenas em função do aumento da riqueza total e propugnando por uma revisão ética do conceito de racionalidade econômica.”³⁴

Feita a breve exposição dos três principais grupos teóricos de análise acerca do desenvolvimento econômico, é possível apontar para a consequência desses estudos, que é individualizar os sistemas de valores e estruturação aptos a provocar o desenvolvimento de determinada sociedade em um dado momento histórico, tendo por plano de fundo as realidades socioeconômicas da sociedade brasileira.

Evidentemente, aspectos axiológicos são variáveis a cada sociedade, a cada cultura, e a unificação de um sistema de análise de dados econômicos e sociais hábil à comparação de índices e ao estabelecimento de indicadores entre nações pode refletir, na realidade, um sistema duvidoso – ou parcialmente utópico – por não ser possível traçar um paralelo verdadeiro através de indicadores sociais entre culturas distintas.

Isso porque o grau de desenvolvimento de determinado país apresenta mensurabilidade relativa, por poder contar apenas com aspectos objetivos como renda *per capita*, índice de mortalidade, índices de natalidade e déficits ou superávits orçamentários em um lapso determinado, por exemplo. Lado outro, índices cujo conteúdo apresenta maior grau

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 30.

³⁴ RISTER, Carla Abrantkoski. Op. Cit. P. 27.

de subjetividade como o de analfabetismo ou analfabetismo funcional (grau de compreensibilidade da língua culta escrita), índice de violência urbana e/ou doméstica, índice de inflação real, índice de confiabilidade nas instituições de governo, grau de disseminação de determinadas moléstias já consideradas extintas ou sob controle pela OMS (Organização Mundial da Saúde), possibilidade de ascensão social meritória por qualquer dos componentes sociais, percentual de proteção ambiental efetiva incentivado pelo Poder Público, dentre inúmeras outras possibilidades subjetivas de análise dentro de um contexto de desenvolvimento que teriam o condão de majorar ou reduzir o padrão de prosperidade do núcleo social analisado.

A partir da definição de alguns desses dados, foi adotado pela primeira vez em 1949, em discurso do Presidente estadunidense Harry Truman, o adjetivo “subdesenvolvido” como antônimo do adjetivo “desenvolvido”, naquela ocasião utilizado para definir países cuja produção interna de riquezas não acompanhassem o ritmo da produção interna de riquezas dos países com maior taxa de industrialização econômica, destoando da expectativa numérica de desenvolvimento econômico e definindo um maior grau de dependência econômica dos denominados países subdesenvolvidos em relação aos desenvolvidos.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento econômico-industrial era o único considerado até o século XX – até meados da criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Trata-se de um índice criado com o escopo de estabelecer um contraponto ao índice vigente à época, o PIB (Produto Interno Bruto), de caráter eminentemente econômico e que contemplava sobretudo a taxa de industrialização e de produção de riquezas de um país. Era uma análise eminentemente objetiva feita através de percentuais numéricos para o qual eram irrelevantes aspectos culturais, éticos ou axiológicos.

Contudo, o PIB não se mostrava um índice de reflexos complexos, face à sua relativa simplicidade matemática, pois eram indiferentes à sua apuração aspectos como qualidade de vida, índice educacional, índice de preservação ambiental ou a existência de população contaminada por doenças derivadas da falta de saneamento básico mínimo. Dessa maneira, era possível existir nações com PIB ascendente, face a altos investimentos industriários, porém com alto grau de analfabetismo ou de destruição ambiental, o que sequer interferiria na apuração do índice.

Com vistas a sanar as falhas da mensurabilidade do progresso, o economista paquistanês Mahbub ul Haq, precursor da teoria do desenvolvimento, criou o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que, por volta do ano de 1990, teve o intuito de substituir o

índice vigente na época, tendo por alicerce de análise do desenvolvimento a expectativa de vida, o nível de escolaridade e a produção de riquezas.³⁵

Essa nova proposta foi adotada pelas Nações Unidas e viveu até meados de 1998, quando foi aprimorado por Amartya Sen ao alterar o foco de estudo do desenvolvimento, que antes tinha por finalidade a análise comparativa da industrialização entre os países, considerando-se fatores como os supra enumerados e, consoante o novo planejamento, esses elementos devem ser examinados voltados ao homem, e a maneira com que essas condições de análise contribuem para a formação e o desenvolvimento do homem como elemento social, o que confere ao ser humano maior consciência e poder de escolha para cumprir o papel social que almejar.

Os países membros da ONU (Organização das Nações Unidas) são anualmente analisados pela a métrica do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) e, conforme seja o resultado, enquadrar-se-ão dentre os países ditos desenvolvidos, dentre os países em desenvolvimento ou, por fim, dentre os países subdesenvolvidos.

1.3.1 Sobre o subdesenvolvimento

Porque o objeto deste estudo é o desenvolvimento humano, faz-se imprescindível delimitar o conceito e natureza jurídica do termo “desenvolvimento” e, em paralelo, do termo “subdesenvolvimento”, de forma a delimitar a tênue distinção entre situações fáticas hipoteticamente classificadas como uma ou como outra condição.

Como alhures apontado, inicialmente o termo subdesenvolvimento foi utilizado para designar o país com um índice de industrialização mais escasso ou precário quando comparado a outros países mais industrializados. No mesmo sentido, o termo identifica os países cujas economias não seriam autossustentáveis em decorrência de uma industrialização deficitária e o principal indicador da situação seria o rendimento nacional *per capita*³⁶. Nesse contexto, seriam subdesenvolvidos todos os países cujo PIB refletisse uma renda *per capita* inferior a um determinado percentual numérico – geralmente dado pelos países industrializados.

Como visto, este conceito torna-se impróprio aos fins a que se destina por olvidar-se de aspectos subjetivos circunstanciais à industrialização, como a qualidade de vida das mais

³⁵ Retirado do artigo “Mahbub ul Haq”, publicado no Jornal *The Economist*, em 23/07/1998, no obituário da versão impressa do jornal. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/169653>>. Acesso em: 01/05/2017.

³⁶ V. Xavier Pintado. Verbete “subdesenvolvimento”. Polis Enciclopedia Verbo da sociedade e do Estado (antropologia direito economia ciência política). 2. ed. São Paulo: Verbo, 2000. v. 5. p. 1.010-1.012.

variadas camadas populacionais, a discrepância econômica e financeira entre os indivíduos ou mesmo divergência entre os diversos aspectos sociais considerados. O subdesenvolvimento é um termo complexo que não se poderia sintetizar em um mero percentual baseado unicamente na taxa de industrialização verificada. Assim, suas principais características podem ser fragmentadas da seguinte maneira: a) elevado índice populacional no campo (de 70% a 90% da população total são cidadãos residentes na zona rural); b) considerável margem de desemprego oculto ou de trabalhos informais, com escassa oferta de empregos economicamente produtivos; c) nível de *stock* (sic) de capital baixo por cidadão economicamente ativo; d) consumo próximo ao do limite de subsistência para parcela considerável da população.³⁷

Furtado aduz que a economia mundial erigiu por vertentes sólidas tanto em relação ao processo de transformação das estruturas sociais como pela modernização do estilo de vida das pessoas e o desenvolvimento ou o subdesenvolvimento seriam, na realidade, expressões históricas com distinção meramente cronológica, apresentando uma gênese comum.³⁸ Rister contrapõe, esclarecendo não se tratar o subdesenvolvimento de uma fase do desenvolvimento, mas sim refletir “uma estrutura determinada pelo processo do desenvolvimento industrial do sistema capitalista.”³⁹

A riqueza contextual desse campo de análise conduz à inferência de que o subdesenvolvimento não poderia ser enfrentado como uma condição econômica hierarquicamente inferior em comparação à condição do desenvolvimento, por tratar-se de etapas do aprimoramento do desenvolvimento econômico de cada país. Essa seria a razão pela qual, hodiernamente, não mais se utiliza a expressão “país subdesenvolvido” mas “país em desenvolvimento”.

Não se pode, contudo, sustentar a inexistência de uma “hierarquia” entre os países em suas relações internacionais, como pondera Rister ao mencionar esforços diplomáticos despendidos de maneira recorrente pelo governo brasileiro no âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio), no sentido de interromper o papel reducionista e secundário exercido nos cenários político e econômico internacional.⁴⁰

Por maior que sejam os esforços no sentido de equilibrar as economias para permitir que as transações comerciais e humanas ocorram à luz da isonomia entre os países, é evidente tratar-se de uma igualdade apenas formal, tendo em vista que os países com maior índice de

³⁷ RISTER, Carla Abrantkoski. Op. Cit. P. 22.

³⁸ FURTADO, Celso. Op. cit. P. 26-30.

³⁹ RISTER, Carla Abrantkoski. Op. Cit. P. 30.

⁴⁰ Ibidem, p. 35.

industrialização apresentam poder econômico de dominação do mercado e, seja qual for a denominação utilizada – países desenvolvidos, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento – o pioneirismo industrial refletirá, invariavelmente, na manutenção de uma hierarquia alimentada pelo capitalismo, cuja previsão de dissipar-se é unicamente por meio da alteração do sistema econômico desses países.

1.3.2 O utilitarismo, o libertarismo e o perfeccionismo

Para o escopo proposto em que se esmiúça o direito à saúde, as doutrinas libertarista, a utilitarista e a perfeccionista traduzem-se em formas de atuação do Estado com vistas ao desenvolvimento econômico por meio do que seria útil ao Estado, considerado como coletividade de um lado e, de outro, o que seria de livre escolha da população e do Estado a respeito de políticas públicas liberais de saúde.

A corrente filosófica libertarista ou libertarianista, representada dentre outros por Ayn Rand e Robert Nozick, repousa sobre a liberdade individual o progresso de uma sociedade. O núcleo de análise é individual, egocêntrico, de maneira a bastar a essa doutrina ética a existência de direitos garantidores de uma liberdade formal apta a permitir que o cidadão seja livre para agir como lhe aprouver, limitado unicamente pela impossibilidade de lesionar outrem.

Essa doutrina tem no egoísmo seu sustentáculo, por se tratar de uma filosofia objetivista e que tem no bem próprio o seu fim. A ética libertária é avessa à moral altruísta, que diz respeito unicamente aos atos praticados em benefício alheio⁴¹.

No mesmo sentido Nozick defende o direito de propriedade e a absoluta abstinência interventiva do Estado, ainda que por meio da tributação, pois tratar-se-ia de intervenção estatal indireta nos resultados do trabalho e nas negociações sociais, o que, para ele, representaria um dissenso na própria teoria. Dessa maneira, caso exista uma política pública que use a tributação como meio para a reintegração social de determinada classe ou grupo marginalizado, essa política seria considerada invasiva e intervencionista, avessa ao direito de propriedade e à liberdade de mercado verificada por esta doutrina.⁴² Políticas de distribuição de renda ou altruístas seriam ilegítimas em razão de o Estado não se abster de regulamentar o mercado e a sociedade, o que, para ele, feriria o direito à liberdade plena dos indivíduos.

⁴¹ AZEVEDO, Daniela Grillo de. **Liberalismo e libertarismo**: distribuição e igualdade. Semana acadêmica do PPG em filosofia da PUC-RS. VIII ed. 2011. p. 5.

⁴² Ibidem, p. 8.

Essa doutrina, contudo, é criticada por Sen, que entende apresentar uma base informacional restrita capaz de ignorar algumas variáveis tidas como importantes pelas teorias utilitarista e “welfarista”, além de olvidar acerca de liberdades substantivas imprescindíveis.⁴³

O utilitarismo, por seu turno, foi a corrente filosófica responsável por interromper com o pensamento religioso e tradicionalista que vigia em meados do século XVII. Representado, dentre outros, por Jeremy Bentham e por John Stuart Mill, a essa doutrina ética interessava a análise do grau de felicidade gerado por determinados atos, de maneira que uma ação seria julgada “útil” caso provocasse felicidade, prazer ao agente, ou seria “inútil” se provocasse resultados diversos.

É uma doutrina racionalista no ponto em que tem por métrica a efetivação do princípio da felicidade. Assim, quanto maior a vantagem a se obter em determinada conduta, tanto maior será o grau de felicidade ou de prazer a se abstrair do contexto. Em economia, é plenamente possível afirmar a existência de uma relação de proporcionalidade direta entre o custo benefício de determinada conduta e a felicidade por ela gerada.⁴⁴

Essa doutrina econômica apresenta três requisitos que podem ser fragmentados em consequencialismo, “welfarismo” e o “ranking pela soma”⁴⁵. O primeiro requisito identifica as escolhas do agente unicamente pela consequência que advirá, buscando nos fins a realização para os meios. O segundo componente refere-se à perspectiva da utilidade, do prazer que a escolha provocará ao Estado, sendo indiferente questionamentos sobre a garantia ou a violação de direitos. Por fim, o terceiro elemento refere-se à agregação da maior possibilidade de prazer derivado da escolha, considerando-se a possibilidade da soma de cada uma das consequências positivas (felicidade) provocadas a vários cidadãos conjuntamente, integrantes de uma mesma sociedade, sem que esse resultado “felicidade máxima coletiva” seja analisado *pro rata*.

Em outras palavras, há duas maneiras para se obter a “utilidade”: 1) Maximizando a utilidade total, através da soma da felicidade de cada indivíduo, tendo por fim a permanente majoração desse índice de felicidade. A crítica feita é de que essa fórmula pode não retratar com fidelidade o real índice de felicidade de determinada população, pois seria suficiente ao Estado que intencionar elevar esse índice, aumentar apenas a quantidade de sua população e, com isso, ainda que o índice real de felicidade individual seja decrescente, o índice real

⁴³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 94.

⁴⁴ CAILLÉ, Alain. **O princípio de razão, utilitarismo e o antiutilitarismo**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922001000100003>. Acesso em: 22/05/2017, 20h38.

⁴⁵ SEN, Amartya. Op. cit. 84-85.

poderá ser camuflado pelo aumento populacional; 2) Maximizando a utilidade média, por meio da elaboração da média aritmética da utilidade em relação ao seu universo demográfico de análise. Nesse ponto, a crítica feita é que, com o fim de aumentar a felicidade média, ao Estado é possível reduzir a felicidade de determinado grupo social minoritário e, por consequência, aumentar a felicidade de outro grupo, majoritário de maneira que ao final, será possível obter um resultado de utilidade média superior àquele observado anteriormente, mesmo que tenha havido a redução da felicidade de determinado grupo social. Um exemplo que bem esclarece a situação seria a possibilidade de o Estado permitir a escravização de até 20% de sua população (redução da felicidade de grupo social minoritário) como instrumento para a considerável elevação da felicidade geral, referente ao grupo majoritário restante de 80% da população. Evidentemente, é uma forma perversa de positivar os índices gerais e que teria o condão de permitir um retrocesso no desenvolvimento humano local camuflado de desenvolvimento.

Essa fórmula utilitarista bem define sua doutrina, em que se almeja a maximização egoísta dos resultados para os indivíduos e, para o Estado, a maximização dos resultados coletivamente, por meio das consequências de escolhas plurais. Nessa conjuntura, a injustiça seria “uma perda agregada de utilidade em comparação com o que poderia ter sido obtido.”⁴⁶.

Por derradeiro, restou aclarar sobre a doutrina do perfeccionismo, que será brevemente exposta de maneira a não adentrar em questões religiosas. Rawls indica que há duas vertentes para essa filosofia: uma vertente do perfeccionismo “forte” e outra, classificada como “fraco”. De acordo com o primeiro, a sociedade deve ser avaliada conforme a quantidade de pessoas e também de acordo com o nível cultural dessas pessoas, de maneira que uma sociedade onde pudessem ser encontrados muitos filósofos, pintores, músicos, entre outros profissionais das artes, seria uma sociedade que poderia ser considerada “perfeita” e todas as atividades estatais estariam subordinadas a essa circunstância. Isso significa que deveria haver o movimento de translação estatal no entorno dessas artes, o que sustentaria uma sociedade “perfeita”.⁴⁷

A segunda vertente, por seu turno, indica que a sociedade deve ser avaliada consoante o nível cultural de seus indivíduos, que poderia ser composta por outros tipos de ocupações que, como a filosofia e as artes, também pudessem ser consideradas como ocupações “perfeitas” e, para isso, seria possível ao Estado estimular seus cidadãos por meio da criação de ginásios, teatros, cinemas, bibliotecas, universidades, centros de pesquisa, entre outros

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 359/367.

centros hábeis a disseminar a prática de cultura, esportes e artes em geral. Evidentemente, essa doutrina é controversa pois além do alto subjetivismo que envolve o que poderia ou não ser classificado como cultural para fins do cômputo da “perfeição”, há que se considerar que, como o utilitarismo, o perfeccionismo também poderia ser instrumento para a escravização de determinada camada populacional minoritária em razão de não haver um limite mínimo para a garantia de direitos fundamentais, de maneira a permitir com que a camada majoritária pudesse se ocupar das atividades “perfeitas”.

Observa-se as três teorias examinam o “bem” através de diferentes concepções. Rawls fragmenta cada conceito através de reflexões do momento e a forma como isso ocorre: ao se investigar o “bem” como “realização da excelência humana nas diversas formas de cultura, temos o que se pode chamar de perfeccionismo (...) se o bem for definido como prazer, temos o hedonismo; se for como felicidade, o eudemonismo (...)”.⁴⁸ Finalmente, o mesmo “bem” examinado em sua forma clássica, traduz-se na satisfação de um desejo racional, que dá azo aos princípios utilitaristas.

Postas em paralelo especificamente estas três doutrinas econômico-filosóficas, é possível observar a diversidade de pensamento refletida no campo de proteção de cada uma: a primeira tutela a liberdade humana extrema, de maneira que a mínima atuação estatal na economia ou na política, ainda que indireta, é tratada como intervenção ou ingerência no mercado; a segunda, de cunho eminentemente hedonista, tem no prazer e na utilidade derivados das escolhas feitas pelos indivíduos seu objetivo maior, de forma que uma escolha que seja pouco útil ou da qual advenha um prazer relativo é considerada uma escolha inútil. Para Rawls,

por meio da observação dos fatos, chega-se ao princípio da utilidade de um modo natural: uma sociedade está adequadamente ordenada quando suas instituições maximizam o saldo líquido das satisfações. O princípio da escolha para uma associação de seres humanos é interpretado como uma extensão do princípio da escolha para um único homem.⁴⁹

A derradeira doutrina ocupa-se do desenvolvimento humano no campo do conhecimento sensível, como as artes em geral, o que a torna inviável em razão do alto teor de subjetividade em apontar qual tipo de atividade ou de conhecimento seria tida por perfeita no meio social.

De posse disto, é possível concluir, ainda que de maneira perfunctória, que da doutrina libertária originou o liberalismo, que tem na liberdade social extrema do ser humano seu ponto de apoio. O utilitarismo, por seu turno, revela coerência com a própria natureza humana

⁴⁸ Ibidem. P. 27.

⁴⁹ Ibidem. P. 26.

individualista, que tem no prazer o estopim de suas condutas e escolhas e revelando a natureza egocêntrica do ser humano.

Essas ponderações são relevantes para permitir uma compreensão aprofundada do que será abordado mais adiante a respeito do direito à saúde e da maneira como esse direito é garantido e efetivado pelo Poder Público.

1.3.3 Sobre a “Justiça”

É cediço que o termo “justiça” traz uma considerável carga de subjetividade que impede seja definido ou mesmo pensado por determinados prismas sem que sejam cometidos equívocos graves o suficiente a invalidar o próprio mérito da análise. Para lapidar o estudo sobre o direito ao desenvolvimento, é essencial fazer uma limitada digressão a respeito do termo “justiça”, seu conteúdo social, normativo e histórico, que consistirá na pedra angular ao contraponto proposto neste estudo: o direito ao desenvolvimento humano e a prestação do direito à saúde.

De início, “justiça” possui duplo significado, podendo denotar a conformidade de um comportamento humano a determinada norma, sendo considerado “justo” o indivíduo cuja conduta não transgrida a lei e, por outro lado, a capacidade de uma norma permitir ou facilitar a existência de relações sociais. No direito clássico, a definição de “justiça” dada por Ulpiano é a “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” que, embora clássica, é amplamente criticada em razão da presunção de que “o que cabe a cada um já está determinado por uma lei.”⁵⁰ e, nesse sentido, a lei e o “justo” seriam a mesma coisa, descartando, por exemplo, a possibilidade de existência de uma norma “injusta” ou de uma premissa socialmente justa ainda carente de norma. Evidentemente, esse sofisma representa um fim em si mesmo e indica que o conteúdo do “justo” seria a mera existência de lei.

Em *Leviatã*, Hobbes esclarece que “justiça” seria simplesmente a manutenção dos pactos sociais assegurados através do poder coercitivo do Estado, o que permite inferir que, na hipótese de inexistência de coerção estatal, não se poderia pressupor a existência de justiça ou de injustiça nas relações sociais.

No segundo sentido, em que se pensa o “justo” como um catalisador das relações sociais, é possível enumerar seus principais critérios como sendo a felicidade, a utilidade, a liberdade e a paz. A primeira, indicado por Aristóteles, encara o “justo” como felicidade em

⁵⁰ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 594.

razão do bem comum hipoteticamente promovido pelo resultado de determinada lei cuja abrangência mantém alto o grau de satisfação (“felicidade”) na comunidade política; a segunda, descarta a felicidade como finalidade última e a substitui pela utilidade social da medida, que tem o condão de manter a ordem no seio social; a terceira traça um paralelo entre a justiça e o iluminismo, sendo esta a condição almejada pela progressiva eliminação dos óbices à liberdade apresentados ao ser humano; e, por derradeiro, Hobbes esmiúça o critério da paz como um dos responsáveis pela definição de “justiça”, que significa que será “justa” toda obra hábil a afastar o homem do seu estado natural de guerra. Na realidade, a norma apenas será justa quando apresentar o que o filósofo denomina de “funcionalidade negativa”, isto é, sua capacidade de evitar conflitos ou de afastar os indivíduos de situações conflituosas.⁵¹

O que ganha nitidez no presente momento é que o termo “justiça” apresenta correspondência direta com questões normativas, fundindo-se no ponto em que a norma, entendida como uma situação de previsibilidade social concreta, revela-se como “justa” face à impossibilidade de existência de norma supostamente “injusta”, momento em que a “justiça” seria subsequente à norma. Lado outro, a “justiça” é normatizada para fins sancionatórios mas antecede à própria norma, que tão somente enunciou as condutas sociais que já eram consideradas “justas”. Nesse caso, a “justiça” antecederia à norma, situação avessa à exposta anteriormente. O amálgama disso resultante torna a relação de causalidade – ou de consequencialidade – uma constante indissolúvel, da qual não se pode aferir se a “justiça” precedeu à norma, se a premissa mais adequada seria a oposta ou mesmo se não se pode situar essa relação no tempo, mas apenas no mutualismo de suas existências.

A despeito de toda essa discussão, não se pode determinar os resultados sem que, antes, sejam analisadas as substâncias das quais tratam. Assim, é imprescindível a análise, ainda que perfunctória, do “justo”.

Há inúmeras variáveis ao que pode ser considerado “justo”, eis que pode indicar o “bom”, o “bem”, o equilíbrio, o meio termo, o igual, o ético e, em contextos distintos, pode também significar a necessidade do desequilíbrio, do desigual ou mesmo relativizando o “ético”.

São cediças as dificuldades reais em se definir com algum grau de precisão o termo “justiça”, especialmente em decorrência das vicissitudes temporais, sociais e circunstanciais que maculam seu sentido segundo o contexto e os sujeitos de análise.

⁵¹ Ibidem. P. 596.

No entanto, o termo está atrelado à própria existência e formação do Estado, tendo em vista que a vontade do povo que provoca a formação do Estado jamais se poderia fundar em vontades “injustas” ou em vontades “antiéticas”, eis que o “justo” ou o “ético” apenas o são por vontade deliberada da coletividade. Ainda, há uma parcela intangível de direitos individuais que devem ser respeitados pelo Estado “justo”, que não os poderá olvidar nem mesmo diante da constatação hipotética de um bem-estar coletivo derivado dessa violação.⁵² Ainda, esses “direitos” apenas o são porque são garantidos pelo Estado e diz-se “individuais” por se referirem a cada cidadão individualmente, alheando-o da coletividade para que possa ser garantido e gozado. São, na realidade, liberdades individuais.

A manutenção do gozo dessas liberdades individuais é o limite de atuação estatal em que não se poderá relativizar as liberdades de parcela minoritária da população em prol da felicidade da parcela majoritária, sob a falácia utilitarista da majoração aritmética geral da felicidade. Para que seja considerada “justa”, uma sociedade deve considerar invioláveis as liberdades existenciais de seus cidadãos, garantindo por este meio direitos e obrigações.

Antes de adentrar a questão da liberdade, é imprescindível a análise da “justiça” sob a ótica de John Rawls.

Rawls esmiúça a “justiça” em dois princípios que entende básicos, por julgar que haveria um consenso geral a esse respeito: o princípio da eficiência e o princípio da diferença. Contudo, as principais premissas a respeito da “justiça” são duas:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.⁵³

O primeiro princípio refere-se a liberdades essenciais como o direito de reunião, de expressão, liberdades políticas, direito à integridade física e psicológica, direito de propriedade, entre outros, que devem estar localizados em um mesmo patamar hierárquico de proteção para todos os cidadãos, indistintamente. Em relação a estas liberdades apenas, o filósofo explica que não estariam vinculadas a relativizações nos limites utilitaristas, razão pela qual não se poderia instrumentalizar estes direitos de uma minoria em atenção à majoração da utilidade geral de uma maioria. Contudo, liberdades não classificadas como

⁵² RAWLS, John. Op. Cit. P. 04.

⁵³ Ibidem, p. 64.

“básicas”, como o direito a certos meios de produção e a liberdade contratual, estariam fora do âmbito de proteção desse princípio e poderiam ser objeto de compensações sociais.

O segundo princípio, denominado princípio da eficiência, traz uma premissa cujo ineditismo reside na antítese entre a possibilidade de coexistência de ricos e pobres condicionado a que essa situação seja positiva à coletividade (não caracteriza um sistema de opressão social em detrimento dos menos favorecidos economicamente) bem como a que todas as posições sociais sejam de livre acesso a todos os cidadãos, o que consistiria na possibilidade de escolha plena e imaculada de vícios sociais, culturais, econômicos, políticos, religiosos ou pessoais impeditivos a que a oportunidade de escolha seja direcionada a determinada camada populacional. Esse princípio vige consoante as liberdades básicas objeto do primeiro princípio e com a liberdade plena de oportunidades no âmbito da coletividade social.

Deve-se ter em mente que ambos os princípios visam equilibrar as instituições, mas sem traçar paralelos diretos entre as desvantagens de uns, de maior renda ou ocupantes de cargos hierarquicamente superiores e maiores vantagens de outro, sob a falácia de que seria possível compensar as desvantagens de uns com as vantagens de outros.⁵⁴

Na conjuntura apresentada, o princípio da eficiência deve ser desmistificado à luz do princípio do “ótimo de Pareto” que, para os economistas, indica que o ponto ideal de organização da sociedade é verificado quando não é mais possível fazer alterações positivas a uma determinada camada social sem que, por consequência, obtenha-se uma desvantagem qualquer a outras pessoas. É um princípio de eficiência que permite encontrar o ápice da relação econômica, em que não mais é possível fazer alterações positivas de um lado sem provocar consequências negativas por outro. Assim,

(...) sempre que uma sociedade está dividida em um número significativo de categorias é possível, suponhamos, maximizar as expectativas de qualquer um de seus homens representativos. Esses pontos máximos fornecem pelo menos o mesmo número de posições eficientes, pois nenhuma delas pode ser abandonada no intuito de elevar as expectativas de outros sem diminuir aquelas do homem representativo em relação ao qual o máximo é definida. Assim, cada um dos extremos é eficiente, mas certamente eles não podem ser todos juntos.⁵⁵

Evidentemente, ao focar no ponto ótimo de distribuição de bens a máxima eficiência da justiça o princípio de Pareto é claramente um subproduto da doutrina utilitarista, pois é indiferente ao modo de distribuição individual da justiça, bastando que se atinja o termo em que o ápice da utilidade denota uma distribuição caracterizada “ótima” pelo princípio de

⁵⁴ Ibidem. P. 69.

⁵⁵ Ibidem, p. 75.

Pareto, motivo pelo qual se diz que não há como fazer prosperar a distribuição para um indivíduo sem que disso se presuma a redução da distribuição para outro indivíduo. Em termos utilitaristas, entende-se que foi atingido o ponto da felicidade máxima geral, que persistirá sendo o apogeu distributivo ainda que se verifique reduzida parcela de indivíduos não felizes, pois a redução da felicidade de percentual minoritário da população faz-se necessário à majoração da felicidade geral, alheia às minorias populacionais.

O que almeja Rawls, na realidade, é que a igualdade alcance um patamar ideal de disseminação ao ponto em que as perspectivas humanas estejam blindadas e as contingências e os riscos sociais não sejam fatores suficientes a interferir na expectativa daqueles indivíduos com as mesmas habilidades e capacidades. É a igualdade em relação à oportunidade de escolha de cada indivíduo que não deve ser maculada por fatores outros (como recursos financeiros escassos, analfabetismo, doenças curáveis, violência urbana, entre outros) que não a sua própria vontade e capacidade.

A esse respeito, é importante dissecar o princípio da diferença, também tratado pelo filósofo, pois visa equilibrar as possíveis disparidades que possa haver dentro da sociedade dando azo a sua neutralização junto à do princípio da eficiência – corolário da corrente econômica utilitarista – concorrendo para uma economia do bem-estar mais palpável. Assim, “(...) a ideia intuitiva é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.”⁵⁶.

O princípio da diferença dispõe, tomando por ponto de partida a estrutura básica social, que apenas poderá ser considerada vantajosa a situação de determinada pessoa quando se puder traçar uma linha de proporcionalidade direta entre as perspectivas que um homem representativo poderá contabilizar e as perspectivas geradas a outro homem, de menor representatividade social, que deverá contabilizar idêntico ganho derivado da mesma causa. Verifica-se que o fiel deste princípio é o grau de isonomia real, de equidade, entre os benefícios gozados pelo homem dentro da sociedade, sendo absolutamente indiferente para a apuração da vantagem obtida a representatividade social do homem que a aufere. A distribuição social dos bens primários e as vantagens dela decorrentes devem ser mútuas e analisadas de maneira a que não confira maior vantagem a um determinado indivíduo em detrimento de outros, sob justificativas subjetivas facilmente alteráveis pela mutação do falso senso de justiça.

⁵⁶ Ibidem. P. 80.

É, na verdade, um princípio maximizador que permite a majoração das expectativas dos integrantes de classes menos favorecidas, de maneira que as expectativas dos integrantes de classes mais favorecidas interferem, diretamente, para o bem-estar dos menos favorecidos, provocando a gênese de um esquema perfeitamente justo⁵⁷. Assim, a majoração das expectativas dos indivíduos ocupantes de camadas sociais mais favorecidos ocasionaria uma espécie de efeito cascata, ao ter por consequência esperada a majoração das expectativas dos integrantes de classes desfavorecidas.

Para justificar a existência e incidência mútua de ambos os princípios da justiça (princípio da eficiência e princípio da diferença), Rawls contextualiza ser imprescindível que os indivíduos se aloquem em posição original de igualdade⁵⁸: é uma “(...) situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça (...)”, caracterizada pela absoluta ignorância comparativa dos indivíduos entre si na sociedade em que coabitam. Essa situação é denominada “véu da ignorância”, em que os indivíduos definirão os princípios da justiça, por meio do “ajuste equitativo”.

Ainda nesse conceito de “justiça”, o mesmo pensador entende por “posição original de igualdade” aquela a que se refere Rousseau sobre o estado de natureza em sua tradicional teoria do contrato social.⁵⁹

O princípio da diferença é tratado por Rawls, em sua teoria da justiça, como aquele apto a regular as desigualdades socioeconômicas por não ser possível ao homem adotar medidas de favorecimento próprio em detrimento de outrem em razão da inconsciência comparativa entre si e seu próximo, decorrente da análise através da perspectiva do véu da ignorância.

Parte-se do pressuposto da existência de uma igualdade formal entre todos os indivíduos da sociedade, o que resultaria na premissa de que nenhum indivíduo poderia ser menos merecedor de privilégios sociais do que outros. Contudo, o fato de existir indivíduos ocupantes de cargos hierarquicamente superiores e outros de cargos de hierarquia inferior não significaria a falta de isonomia, mas tão somente a existência de uma circunstância social decorrente de fatos naturais, os quais seriam apenas produtos da justiça ou da injustiça oriundos do sistema da estrutura básica social.

⁵⁷ Ibid. P. 83.

⁵⁸ Ibid. P. 13.

⁵⁹ Ibidem.

O princípio da diferença adota como pilastra três premissas, sendo a primeira delas o sistema de liberdade natural, seguida do sistema da igualdade liberal e, por fim, o da igualdade democrática.

O sistema da liberdade natural parte do pressuposto que todas as possibilidades de cargos sociais são igualmente ofertadas aos indivíduos, que puderam desenvolver as competências e as aptidões necessárias exigidas pelo posto. Esse sistema garantiria a isonomia na oferta de oportunidades e, por conseguinte, uma justa distribuição de rendas e riquezas a indivíduos independentemente das contingências sociais verificadas. Dessa maneira, seria plenamente possível a um indivíduo nascido em uma família com poucos recursos financeiros ou culturais ocupar determinado cargo social ou hierarquicamente relevante, desde que tenha havido a capacitação técnica e a disposição necessárias. Esse sistema garantiria a isonomia entre todos os indivíduos indistintamente, culminando na distribuição natural de renda e riquezas.

Esse sistema, contudo, não impede que haja a interferência das contingências sociais ou mesmo da “sorte” na distribuição de riquezas. A isonomia, aqui, é unicamente formal.

A segunda premissa, atinente ao sistema da igualdade liberal, visa garantir a oportunidade material, de maneira que todos aqueles que tenham ambições semelhantes, necessariamente devem gozar de iguais oportunidades de capacitação e desenvolvimento de competências de forma a equilibrar a concorrência. As contingências naturais, o acaso ou a “sorte” serão elementos absolutamente inócuos e com isso, será proporcionada a igualdade material necessária para que todos os integrantes da sociedade usufruam da igualdade de oportunidades.

Pensados esses dois sistemas e, tendo em vista que ambos demonstraram serem insuficientes aos fins aos quais se destinam – eis que a igualdade de oportunidades genuína mostra-se utópica e inatingível – criou-se o terceiro sistema, da igualdade democrática.

A estrutura básica da sociedade mostrou-se o principal motivo pelo qual os sistemas anteriormente tratados não obtiveram êxito: a designação sobre a distribuição de rendas e riquezas é dado pela própria estrutura social, não por sistemas de análise da liberdade do indivíduo e, enquanto essa estrutura básica não for passível de alterações em sua base fundamental, nenhum sistema norteador de liberdades teria essa grandeza.

Diante disto, o sistema da igualdade democrática propõe exatamente essa mudança dogmática, que exige daqueles indivíduos ocupantes de posições socialmente relevantes ou que eventualmente tiveram oportunidades diferenciadas de lapidar suas habilidades que, a partir do momento em que desenvolvem essa autoconsciência, deixem de obter vantagens

personais oriundas dessas oportunidades que gozaram anteriormente, exceto se isso permitir com que outros indivíduos, não detentores das mesmas oportunidades, possam obter benefícios equivalentes.

Observa-se que, nesse novo sistema, o foco passa a ser o indivíduo, onde também será encontrada a solução para o problema da isonomia meramente formal proposta pelas premissas anteriores. Não é necessário mudar o sistema da estrutura básica das sociedades, o que demandaria gerações e gerações de autoconscientização dos indivíduos até que, em um futuro imprevisível, seria possível considerar a hipótese de sucesso desse sistema; para que a igualdade possa se tornar efetiva em diferentes sociedades, Rawls conclui ser necessária e suficiente a mudança dos indivíduos, ainda que seja mantida as margens da estrutura básica das sociedades.

A questão da igualdade de oportunidades analisados sob a ótica das proposições dos sistemas de igualdade de Rawls *versus* a questão da liberdade tem em comum o fato da autodeterminação do indivíduo, que pode escolher entre ser racional e obter vantagens pessoais derivadas de posições socialmente elevadas em detrimento de outrem, ocupante de postos socialmente desvantajosos, ou entre desenvolver uma consciência coletiva que lhe permita utilizar seu livre-arbítrio, através de seu poder de autodeterminação, de não exercer suas possibilidades de vantagens pessoais em detrimento de outros indivíduos, a não ser que, para o caso concreto, isso represente ou uma diferenciação inócua ou uma situação apta a causar benefícios equivalentes para aquele que não usufrui da mesma vantagem.

Assim, ao indivíduo seria possível em todos os casos utilizar o seu livre arbítrio para fazer uso de vantagens pessoais, de forma que a sua liberdade de uso deve significar o benefício dos demais indivíduos – por meio de conduta ativa, representada pela utilização efetiva das referidas vantagens, ou por meio de conduta passiva, representada pela escolha consciente em não utilizar as mesmas vantagens, em razão de no caso concreto serem elementos antiisonômicos.

A liberdade passa a ser objeto de fundamental importância para a compreender a densidade e as perspectivas da igualdade, que passa a existir como uma das formas essenciais de liberdade.

A liberdade pode ser esmiuçada em três aspectos distintos, podendo ser considerada, em um plano simplista, como a ausência de limitadores a permitir a autodeterminação do indivíduo, constituindo uma causa em si mesma. Sob outro aspecto, a liberdade é interpretada como uma necessidade, como autodeterminação de maneira ampla onde o indivíduo se insere, atribuindo-a à totalidade das relações humanas do indivíduo. Por derradeiro, a liberdade pode

ser vista como uma possibilidade, uma capacidade de escolha, delimitada em certas margens, sendo, portanto, limitada e finita.⁶⁰

Para Sen, a liberdade deve ser analisada de maneira ampla, inclusive no sentido de oportunidade hábil a permitir o desenvolvimento sob diversos prismas. A liberdade pode, assim, ser entendida como a capacidade de fazer escolhas dentro da sociedade e isso pode ser potencializado por meio de políticas públicas que estimulem a participação popular democrática.⁶¹ Expõe que a valorização dessa liberdade de escolhas, além do valor pessoal que tem para o indivíduo que a exerce, torna-se um instrumento de incentivo a que o indivíduo trace metas e obtenha êxito em seus resultados, tendo em vista serem estes meras consequências daquelas. No âmbito da coletividade, o exercício da liberdade em suas diversas esferas representa a autonomia do cidadão em ser o único responsável por seu desenvolvimento pessoal, político, social, econômico e, a isto, denominou “desenvolvimento humano”.

A centralidade onde é alocado o indivíduo perante a sociedade permite-o ocupar o posto designado de “aspecto da condição de agente”.⁶²

É necessário mencionar que Sen reconhece a importância dos recursos financeiros como uma das alternativas a permitir às pessoas maior gozo das liberdades, considerando-se que a maior possibilidade de utilização de recursos financeiros teria o condão de garantir um desenvolvimento humano de maior amplitude, pois tais recursos proporcionariam maior possibilidade de escolhas ao indivíduo se comparado a outro com recursos financeiros mais escassos. Apesar de ter sua importância reconhecida, o economista admite não ser o único tampouco o principal recurso com essa característica, em razão da existência de fatores outros (fatores não econômicos) capazes de obstar o desenvolvimento humano pleno, como o contato com microorganismos causadores de moléstias, o metabolismo do indivíduo, gênero, condições climáticas adversas, entre outros.⁶³ Dessa maneira, comparar os recursos das pessoas a fim de estabelecer um paralelo de isonomia de oportunidades não seria a maneira adequada de interpretação dos dados. Isso porque o alto subjetivismo em classificar determinada atividade como mais importante ou menos importante dentro da organização social inviabiliza a criação de um padrão objetivo para a verificação do atingimento das capacidades individuais.

⁶⁰ ABBAGNANO, Nicola. Op. Cit. P. 606.

⁶¹ SEN, Amartya. Op. cit P. 33.

⁶² Ibidem.

⁶³ SEN, Amartya. *Apud* Dworking, Ronald. **A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes: 2005. p. 421.

A igualdade de oportunidades, desse modo, não pode estar atrelada aos recursos financeiros disponibilizados pelo indivíduo, embora seja admissível que dele não seja absolutamente independente.

A respeito disso, Dworkin inicia sua teoria pela premissa de que “(...) uma teoria da igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político.” pois aquele que tem “(...) poder de influência sobre decisões públicas (...) é mais rico do que quem não tem.”.⁶⁴

Essa premissa aclara o pensamento anteriormente exposto por Sen, pois as oportunidades são pensadas conforme a hierarquia conferida às atividades dentro de cada sociedade e, ao se atingir certa atividade ocupante de alto grau de hierarquia naquele núcleo, o indivíduo ocupante do cargo será visto como alguém cujas oportunidades sociais diferenciaram-se daquele que não galgou um melhor cargo. Contudo, essa situação se altera ao se traçar um paralelo entre sociedades, face à liberdade valorativa que há no julgamento de cada atividade como de maior ou menor influência social. Sen entende a plena liberdade de ocupação de atividades diversas, tendo por único pressuposto a vontade do indivíduo imaculada de quaisquer vícios ou fatores externos; Dworkin, por sua vez, entende que finanças e política estão entrelaçadas a tal ponto que afirma ser economicamente superior o indivíduo com maior influência política.

1.3.4 Entre a justiça e a igualdade

Do que foi exposto até o presente momento, observa-se diferentes aspectos sobre o desenvolvimento humano tendo por ponto de partida a questão da justiça e da igualdade de oportunidades humanas e sociais.

O tema é sutil pois não é possível traçar um paralelo de comparações objetivas entre dois indivíduos distintos, por maior que sejam suas semelhanças físicas, ideológicas, humanas, econômicas e sociais, sem que a premissa obtida não esteja viciada pela generalidade. Nesse sentido, é possível concluir que

Uma das características da diversidade humana é que a desigualdade em um determinado espaço como por exemplo saúde, felicidade e bem-estar, pode estar associada, algumas vezes, à desigualdade em outro espaço, como rendas e riqueza material.⁶⁵

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 79.

⁶⁵ WEYNE, Gastão Rubio de Sá. **Igualdade e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 76.

A igualdade vista em sua essência representa apenas um plano ideal da sociedade e, no plano jurídico, representa o plano ético, deontológico. Sua realização em sua forma pura descontextualizada é, sabidamente, utópica, pois não é possível considerá-la alheada às vicissitudes da vida em sociedade. Lado outro, torna-se factível se ponderada às diferentes realidades em que aplicada, sendo imprescindível que a igualdade seja objetivamente desigual para que se torne possível construir o equilíbrio das relações sociais, realocando e harmonizando as diferenças inicialmente existentes entre os sujeitos comparados.

A igualdade tratada no plano das diferenças existentes entre os sujeitos comparados é conceituada “justiça”, ou seja, a igualdade examinada sob o aspecto das individualidades pessoais e sociais é o que torna a sociedade equilibrada, harmônica e coerente, ainda que essa tarefa demande a necessária concessão de bens ou direitos a uns em detrimento de outros indivíduos do mesmo grupo.

A justiça pode ser de natureza distributiva (justiça material) que, para Aristóteles, é aquela derivada de leis que estipulam outras formas de distribuição de rendas, de riquezas, de posições sociais, honras, entre outros bens abstratos, entre os membros da sociedade, ou pode ser de natureza corretiva (niveladora ou justiça formal), atinente à aplicação das leis, em que a solução dada ao caso exige um tratamento isonômico.⁶⁶

O objeto da justiça é a estrutura e organização sociais, que refletem a forma de vida dos indivíduos, sem que se permita privilégios a uns em prejuízo de outros de maneira injustificada, buscando equiparar socialmente todos os indivíduos na medida do possível.⁶⁷ Assim, não se fala em igualdade no sentido objetivo, mas sim no sentido subjetivo, em que se confere tratamentos desiguais desde que tenham o condão de recobrar o equilíbrio social – isso retrata a justiça como equidade. No afã de desenvolver sua teoria de justiça, Rawls utilizou-se de dois instrumentos teóricos a permitir uma posição de igualdade: um é a posição original e o outro é o véu de ignorância e traçou duas diretrizes de análise: um é o princípio da liberdade e o segundo é o princípio da diferença.

Os princípios de justiça são “aqueles que pessoas racionais preocupadas em promover seus interesses consensualmente aceitariam em condições de igualdade nas quais ninguém é consciente de ser favorecido ou desfavorecido por contingências sociais e naturais”.⁶⁸

⁶⁶ Ibidem. P. 77.

⁶⁷ OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. **A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-81, ago. 2016. DOI 10.5433/1980-511X.2016v11n2p47. ISSN: 1980-511X. P. 53.

⁶⁸ RAWLS, John. Op. Cit. P. 21.

Pelo princípio da liberdade, o direito de cada pessoa corresponde ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais, que é compatível com o sistema de semelhante liberdade para todos.

O princípio da diferença, por sua vez, traça um contraponto ao princípio da liberdade no ponto em que admite a possibilidade de diferenciações desde que tenham a finalidade de promover a igualdade material entre os indivíduos, para promover benefícios aos integrantes das camadas menos beneficiadas. Com isso, seria possível conferir mais bens a parte dos indivíduos, na condição de que, por meio de seu trabalho, faça prosperar de maneira substancial a vida da coletividade. Assim, far-se-ia a justiça sem distinções prejudiciais à sociedade, através da igualdade consoante desenvolvido por Aristóteles.

Partindo desses dois princípios, é possível aferir o significado do instrumento hipotético denominado por Rawls de posição original. Trata-se de uma abstração capaz de produzir resultados sociais desconsiderando contingências arbitrárias ou forças sociais. Para Werle, a posição original é o artifício de representação ou o procedimento de justificação que une os princípios da justiça às formalidades da razão prática, pois “(...) formaliza o ponto de vista moral imparcial que possibilita a escolha de princípios para julgar as questões políticas fundamentais.”⁶⁹. Assim, os membros da sociedade devem acordar em relação a uma determinada concepção de justiça, o que varia diretamente conforme as informações disponibilizadas aos indivíduos que, por sua vez, farão suas escolhas conforme os princípios de justiça que mais lhes beneficiem.⁷⁰ Com isso, supõe-se que as partes, na posição original, são formal e materialmente iguais e é permitido a todos lançar argumentos para a utilização de um princípio em prol de outro.⁷¹ Assim, por meio do véu da ignorância – instrumento que impediria os indivíduos de ter ciência de sua situação pessoal (econômica, social e humana) em comparação com a situação pessoal de outro indivíduo, que evita que o resultado da deliberação esteja maculado por intenções egoísticas aptas a provocar maior vantagem a uns em detrimento de outros – é que seria possível pautar o princípio de justiça.

O véu da ignorância é, na realidade, uma forma hipotética de reduzir a discórdia sobre determinada situação em que seja necessária a opinião deliberativa de vários indivíduos, cujas contingências sociais distintas poderiam ser a causa de divergências entre o que seria ou não justo. Por não se saber especificamente quais indivíduos fazem parte do grupo privilegiado

⁶⁹ PANSIERI, Flávio. **A crítica de Amartya Sen à concepção Rawlsiana de justiça**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00181.pdf>>. p. 192. Acesso em: 23/05/2018, às 10h43.

⁷⁰ OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. Op. Cit. P. 54.

⁷¹ RAWLS, John. Op. Cit. P. 21.

pela escolha e quais fazem parte do grupo penalizado é que a prudência passa a ser o principal elemento motivador das decisões a serem tomadas, guiada sempre pela finalidade de que ninguém do grupo seja prejudicado. É, na realidade, uma forma objetiva de se determinar o que seria ou não “justo” sem que temas externos como a pobreza, a saúde, ou o grau de instrução, por exemplo, pudessem interferir na escolha do indivíduo.

A síntese entre os princípios de justiça e os instrumentos da posição original e do véu da ignorância é que compõe a teoria da justiça.

Rawls é um pensador liberal do século XX e, partindo de sua concepção de justiça em relação ao princípio da prioridade da justiça sobre a eficiência e o bem-estar, pode-se concluir que, mesmo sendo um teórico de ideias liberais, sua concepção de justiça aproxima-se daquela do Estado Social, ao dispor que a justiça deve trazer o maior benefício possível para os menos favorecidos o que, na aferição das desigualdades econômicas e sociais existentes, o maior benefício possível aos menos favorecidos significa maior vantagem a toda a coletividade.⁷²

Dados os elementos, observa-se que os princípios de justiça retratam, em sua essência, a questão da igualdade como tratada por Aristóteles, que é examinada consoante os fatores externos diferenciadores dentro de uma sociedade: o grau de alfabetização, a saúde, a hierarquia social ocupada, a riqueza.

Embora bastante concatenadas a forma de aplicação de sua teoria e suas respectivas justificativas de validade, é certo que o grau de abstração necessário à incidência da teoria da justiça como proposta excede o campo da lógica, haja vista não ser possível considerar vários membros da mesma sociedade que não tenham ciência sobre suas respectivas posições sociais (isto é, membros sociais inconscientes), dos cargos ocupados e das funções desenvolvidas, e, ainda, eximam-se de buscar comparações internas que interfiram diretamente em suas escolhas, almejando sempre deliberar por aquilo que lhe permita colher o maior benefício possível, ainda que apenas na esfera individual.

O instinto de sobrevivência social é o ponto principal que impede o véu da ignorância de prevalecer, sendo a posição original uma utopia frente à igualdade material, fundamental à solução das mazelas sociais. Teoricamente, a justiça da maneira como delineada por Rawls poderia vigorar na hipótese de o ser humano alterar seu caráter egocêntrico e na condição de que fatores externos como a riqueza, o analfabetismo, a saúde e o status social não

⁷² WEYNE, Gastão Rubio de Sá. Op. cit. P. 78.

constituíssem elementos envaidecedores e estimulantes de uma competição social camuflada sobrevivência.

Os elementos analisados indicam que o inconveniente da teoria da justiça de Rawls seria a própria natureza humana, que necessitou ser elevada a um patamar ideal para que a teoria pudesse incidir.

Ainda sobre a teoria da justiça, Sen não aborda expressamente em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” a respeito de um conceito sobre a “justiça”; no entanto, traça um paralelo entre as teorias tradicionais do utilitarismo, do libertarianismo e entre a teoria de justiça de Rawls por meio da seguinte proposição: Annapurna pretende ofertar um trabalho na função de jardineiro em sua residência e há três candidatos concorrentes, sendo que apenas será contemplado. O primeiro é o mais pobre entre os três e permitiria a Annapurna – além de ter seu jardim cuidado – ajudar aquele que apresenta condição economicamente mais precária entre todos. O segundo empobreceu há pouco tempo, o que lhe causa maior dor e sofrimento em relação aos outros candidatos, que já estavam acostumados à pobreza; assim, conferir o emprego ao segundo possibilitaria um maior grau geral de felicidade, haja vista ser emocionalmente mais infeliz. Por fim, o terceiro candidato, embora já acostumado à pobreza, era portador de uma doença grave cujo tratamento seria possível obter com o valor combinado pelo trabalho. Assim, tem-se que: seria vantajoso contratar o primeiro para ajudar aquele que, dentre todos, era o mais pobre; seria vantajoso contratar o segundo para promover o maior grau de felicidade geral, pois dentre os três, o segundo era definitivamente o mais infeliz, dados os repentes econômicos de sua vida (o que não ocorreu na vida dos demais candidatos); por fim, era vantajoso conferir o trabalho ao terceiro pois isso lhe representaria a liberdade, a cura para o mal de que padecia.⁷³ A dúvida é: qual das três hipóteses configuraria a escolha mais justa?

Sen indica que seria mais interessante dar prioridade às necessidades econômicas ainda que isso implique um inicial comprometimento das liberdades políticas, pois às economias subdesenvolvidas não seria possível se dar ao luxo de concentrarem-se na democracia e na liberdade política quando aflições como a fome e as moléstias assolam o país.⁷⁴ Apesar disso, pondera que nos países onde vigora a democracia observa-se a inocorrência de grandes catástrofes coletivas como a fome ou doenças, pois a participação ativa da população e dos partidos de oposição tornam-se instrumentos para permitir que a democracia possa surtir efeitos positivos para os membros da sociedade. Mas esclarece que as

⁷³ SEN, Amartya. Op. Cit. P. 78-79.

⁷⁴ Ibidem. P. 193/194.

instituições democráticas não podem ser vistas como dispositivos mecânicos para o desenvolvimento, pois sua eficácia está condicionada aos valores sociais, às prioridades conferidas pela sociedade e à forma de utilização das oportunidades de articulação oriundas no regime democrático.⁷⁵

Com isso, é possível traçar alguns dos limites que deixa transparecer sobre seu conceito de justiça. Para ele, é necessário adotar meios de diminuição da injustiça e promoção da justiça, paralelamente, não se preocupando em ofertar soluções “sobre a natureza da justiça perfeita”⁷⁶. Em relação às teorias sobre o desenvolvimento humano, critica teorias como a do utilitarismo e do libertarismo tendo por alicerce a incapacidade de mutabilidade dessas teorias, que as tornam inertes frente às necessidades dinâmicas de adaptação social. Aduz que as instituições sociais, em si, não poderiam ser consideradas como gênese das injustiças sociais existentes como fome, miséria, pobreza, doença, analfabetismo, insegurança, falta de moradia, etc, pois as mazelas humanas estariam atreladas a desvios comportamentais do ser humano como coletividade e não ao trabalho desenvolvido pelo Estado através de suas instituições sociais.⁷⁷

Dado o ponto de partida de sua análise sobre a justiça, Sen prossegue sua reflexão para a ideia de liberdade, conceituando-a como o livre arbítrio do ser humano para proceder a escolhas conscientes nas esferas pessoal e profissional, com o poder de decisão em absoluto sobre as escolhas feitas, sem quaisquer interferências de agentes externos. Por meio do exercício da liberdade, é possível responsabilizar cada pessoa por suas próprias escolhas – desde que a consequência de suas escolhas sejam resultado do uso da liberdade consciente e destituída de interferências externas (como doenças, fome, analfabetismo, etc).

A realidade, nesse contexto, seria o fator primário na constatação do desenvolvimento humano, pois teria o condão de transparecer a existência de transgressões comportamentais sociais bem como da existência e gozo – ou não – da liberdade, permitindo evidenciar se estaria sendo utilizada de forma consciente e alheia a interferências externas capazes de alterar o âmago da vontade humana.

O que busca comprovar é que a existência de fatores externos hábeis a alterar o uso e gozo do direito de liberdade do indivíduo tem por consequência a impossibilidade de sua responsabilização por más escolhas sociais coletivas. Nesse sentido, ao indivíduo vitimado por doença grave e que não seja possível conferir o tratamento adequado por meio da rede

⁷⁵ Ibidem, p. 205/206 e 208.

⁷⁶ PANSIERI, Flávio. Op. Cit. P. 185.

⁷⁷ Ibidem.

pública de saúde em razão de absoluta falta de verbas não seria possível atribuir qualquer responsabilidade pelo voto em administradores públicos eleitos que, posteriormente, revelaram-se corruptos justamente porque o exercício do seu direito de voto (que é o direito de liberdade de voto) foi viciado pela necessidade do elemento básico “saúde”, que interferiu diretamente na sua liberdade de escolha do administrador público. A saúde ocupa uma posição de bem primário se comparado à liberdade de voto, que passa a ser uma necessidade secundária do indivíduo.

A situação de precariedade retratada demonstra que inúmeros fatores externos representados por direitos fundamentais como a saúde ou a educação, por exemplo, interferem diretamente na maneira como os indivíduos utilizam seu direito de liberdade no âmbito coletivo. Com isso, a falta de assistência a direitos fundamentais pelo Poder Público tem como consequência a injustiça, dada pela relativização do direito de liberdade plena.

Para Sen, a justiça está na capacidade de gozo da liberdade. E essa capacidade é medida por meio das alternativas disponíveis ao cidadão em dada situação, quando é possível optar por uma alternativa em detrimento de outra apenas em razão da opção por determinado estilo de vida. Um exemplo utilizado pelo filósofo para representar sua ideia é a possibilidade de um cidadão abastado escolher praticar o jejum mesmo podendo escolher alimentar-se adequadamente e, em paralelo, a um cidadão destituído de qualquer fonte de alimentação que é forçado a conviver com a fome extrema, praticando assim o mesmo jejum do cidadão exemplificado anteriormente.

A capacidade é um tipo de liberdade e, em relação ao segundo indivíduo, é evidente que não se verifica a liberdade, pois sua capacidade de nutrir-se é inexistente: o jejum existe por força das circunstâncias externas e não por sua vontade deliberada. O primeiro indivíduo, por sua vez, fez uma escolha em não alimentar-se, exercendo seu direito de liberdade de não alimentar-se, mesmo diante da sua capacidade econômica e humana em poder escolher o contrário. Para Sen, o “conjunto capacitário representa a liberdade para realizar as combinações alternativas de funcionamentos dentre as quais a pessoa pode escolher.”⁷⁸ Com isso, conclui que ter a opção de comer faz com que jejuar seja a possibilidade de escolher não comer quando se poderia ter comido, o que é absolutamente distinto de ser forçado a passar fome quando outra é a vontade do indivíduo.⁷⁹

Sen qualifica-se como um pensador do igualitarismo do bem estar por ter a realidade como ponto de partida para a verificação dos aspectos que ensejam, efetivamente, a

⁷⁸ SEN, Amartya. Op. Cit. P. 105.

⁷⁹ Ibidem, p. 106.

desigualdade social e que impedem, direta ou indiretamente, o desenvolvimento humano. Preocupa-se majoritariamente com os reais aspectos necessários à redução da desigualdade social e que culminarão no desenvolvimento humano.⁸⁰

É notório que Sen ocupa-se com as divergências sociais no plano da concretude, ao passo que Rawls opta pela análise institucional e os problemas que ensejam as desigualdades humanas, o que torna seus estudos e suas conclusões mais abstratas e dependentes de uma evolução humana coletiva ainda não verificada.

Assim, Sen explica que “o objetivo é esclarecer como podemos proceder para enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita”⁸¹, o que deixa implícita sua crítica à teoria da justiça de Rawls.

Ambos os filósofos adotam uma linha de pensamento liberal com vistas à proteção de direitos fundamentais e sociais da pessoa humana. A diferença reside em que, de acordo com a teoria de justiça de Rawls, os valores sociais são traçados diante do acordo original (um contrato social) pautado pelo véu da ignorância, que permite com que o sistema político e suas instituições se tornem mais justas e efetivas; já Sen propõe uma teoria de justiça em que a realidade seja o ponto de partida às atividades que buscam a isonomia entre os indivíduos, considerando as vicissitudes sociais que acometem cada um e que devem ser computadas para a métrica das capacidades humanas, sendo indiferentes, aqui, as instituições sociais e políticas que possam contribuir para a promoção da igualdade ou não.

Ambas as concepções de justiça são – evidentemente – muito bem estruturadas, mas, até o presente momento, aquela edificada por Sen parece-nos mais sólida no que toca às dificuldades reais de construção e elaboração da estrutura do justo, haja vista que alterar traços institucionais nem sempre é sinônimo de efetividade do justo, como o é o estímulo ao desenvolvimento das capacidades humanas.

1.3.5 O direito à saúde como um dos fatores de desenvolvimento humano

Dados os parâmetros em que o desenvolvimento humano pode ser compreendido dentro da filosofia do direito e no campo do estudo da economia, torna-se necessário traçar um paralelo entre a norma constitucional de aplicação imediata da garantia do direito fundamental à saúde aliada a normas programáticas de funcionamento e de financiamento da

⁸⁰ PANSIERI, Flávio. Op. Cit. P. 187.

⁸¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 11.

referida garantia, e a maneira como essas normas podem influenciar em maior ou menor grau de desenvolvimento humano dos indivíduos.

O desenvolvimento humano representa o grau máximo de liberdade de escolha do indivíduo dentro da sociedade, em que dado um campo de possibilidades distintas de ampla e livre concorrência entre os interessados, sem a interferência de fatores circunstanciais externos como doenças, analfabetismo total ou funcional, fome, condições financeiras precárias aptas a impedir a concreta livre concorrência do indivíduo a determinada possibilidade social almejada, ou quaisquer outros fatores não enumerados que tenham o condão de alterar não somente a livre escolha do indivíduo, motivado pela ausência absoluta de limitações ao indivíduo.

Nesse campo, a liberdade do indivíduo é a mola propulsora hábil a lhe permitir ocupar a posição social que lhe aprouver, dentro dos limites de suas competências e habilidades que foram regularmente desenvolvidas em decorrência da inobservância de quaisquer agentes limitadores que provoquem alterações no âmbito volitivo do indivíduo.

A partir dessa possibilidade ideal de desenvolvimento humano multifacetado traçada por Sen, faz-se imprescindível estabelecer um contraponto tendo em vista que todos os indivíduos, em determinado momento da vida são atingidos por moléstias diversas, dificuldades financeiras e outras situações alheias ao seu âmbito volitivo interno em que é necessário tomar decisões contrárias às determinadas pela mera vontade individual, caracterizados pelos imprevistos peculiares da vida em sociedade.

O âmbito proposto de análise no presente estudo é unicamente o direito à saúde, o que motiva o descarte de fatores outros como os econômicos, sociológicos, históricos, educacionais, psicológicos entre tantos outros fatores estimuladores do contexto de desenvolvimento humano com capacidade hipotética de figurar como elemento hábil e necessário à análise ora proposta.

Como dito alhures, o direito à saúde abrange tanto o prisma preventivo, da adoção de políticas públicas de sanitarismo por meio da ampla divulgação de condutas de higiene pessoal, coletiva e ambiental com o fito de impedir a existência e/ou a proliferação de moléstias ou de vetores causadores de moléstias que possam atuar em detrimento do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano, bem como o prisma repressivo, que encerra a capacidade de detenção de tecnologia de equipamentos e de conhecimentos suficientes a combater as moléstias já diagnosticadas que degradam o indivíduo, através do uso de substâncias medicamentosas, procedimentos cirúrgicos, tratamentos fisioterapêuticos, psicológicos, psiquiátricos, fonoaudiológicos, entre tantos outros de eficácia comprovada que

visam tratar as doenças, ofertando a cura, ou quando o caso não permita a cura efetiva, conferindo uma sobrevida com um mínimo de qualidade de vida e dignidade.

É cediço que o indivíduo que detém saúde suficiente a exercer qualquer atividade econômica que lhe garanta o sustento já está integrado no núcleo social motivo porquê, ao menos *a priori*, não necessitaria de ser inserido ou reinserido na sociedade. Contudo, a partir do momento quando algum infortúnio passa a limitar o exercício ou o aperfeiçoamento dessa atividade econômica em razão do diagnóstico de alguma doença cujo tratamento para a redução de seus efeitos nefastos por qualquer razão não é fornecido pela rede pública de saúde, então conclui-se que a esse indivíduo não foi conferido o desenvolvimento humano pleno pelo Poder Público.

Para que seja possível tecer uma análise com decência técnica a respeito de como a garantia do direito à saúde pode interferir no desenvolvimento humano, adotaremos duas situações hipotéticas em paralelo: a primeira, com a sugestão de uma criança que tenha nascido, por exemplo, com determinada deformidade ou determinada alteração psíquica – congênita e não incapacitante – e, inicialmente, não lhe tenha sido despendido pela rede pública de saúde o tratamento multifacetado adequado a redução de suas limitações e ao seu desenvolvimento como cidadão independente e, na segunda situação, a hipótese de um indivíduo adulto, plenamente capaz física e psiquicamente, já inserto no mercado de trabalho em determinada atividade econômica para a qual se qualificou dentro de suas possibilidades socioeconômicas e aptidões vocacionais, que venha a desenvolver algum tipo de doença degenerativa que eventualmente lhe impeça de continuar exercendo a mesma atividade econômica inicial sem lhe retirar, todavia, a capacidade integral de autossustento e, no contexto dado, ou não lhe foi garantido o tratamento médico adequado ou este ocorreu de maneira deficitária pela rede pública de saúde.

Na primeira hipótese, trata-se de moléstia congênita a que o indivíduo, ao adentrar na fase adulta, independentemente de lhe ter sido despendido tratamento médico especializado ou não, não sentirá diferenças graves no que toca às suas possibilidades mercadológicas dentro de suas limitações (excetuado o caso do agravamento da moléstia derivado de um tratamento deficitário ou ausente), tendo em vista que referidas limitações sempre fizeram parte de seu cotidiano e não lhe foi concedido, desde sua gênese, identificar-se com uma vida de reduzidas limitações – tendo por base a maioria populacional economicamente ativa. A segunda hipótese, por sua vez, tem por base indivíduo de limitações físicas ou psíquicas mínimas, que passaram a ter importante interferência negativa em sua vida civil e laboral a partir do advento da moléstia degenerativa inexistente até aquele momento da vida, cujo

tratamento médico existe e tem o condão de permiti-lo adaptar à sua nova condição física e psíquica, diante da majoração de suas limitações funcionais.

A diferença entre ambas as hipóteses postas é o momento quando se observa o surgimento de limitação física ou psíquica e este será o ponto essencial de estudo sobre o desenvolvimento humano por meio das políticas públicas de saúde.

Na primeira suposição, o indivíduo tem a possibilidade de se adaptar às limitações de suas condições físicas e psíquicas desde o primeiro momento de seu desenvolvimento, isto é, a partir do momento quando começa a dar os primeiros passos (no caso de uma limitação motora), ou a partir do momento quando começa a frequentar a escola primária e demonstra não acompanhar as atividades pedagógicas desenvolvidas em grupo. Estas são as situações que genericamente fazem com que essa criança seja encaminhada a submeter-se a tratamentos multifacetados para estimular seu desenvolvimento e, por conseguinte, a redução das limitações diagnosticadas.

A partir do momento quando o tratamento multifacetado necessário não é disponibilizado pelo Sistema de Saúde, por exemplo, em razão dos altos custos ou é disponibilizado, porém não há profissionais da saúde capacitados para desenvolver o tratamento ou, ainda, o tratamento é disponibilizado e existem profissionais devidamente habilitados, porém a rede pública de saúde não detém os equipamentos necessários ao desempenho desse tipo de trabalho ou apenas não fornece à criança o transporte necessário para locomover-se até o local onde o tratamento é realizado, enfim, situações que claramente obstam de forma ou outra que essa criança possa gozar e usufruir livremente das possibilidades ofertadas pela rede pública de saúde para trabalhar e reduzir sua condição limitadora de maneira a permitir que seu desenvolvimento intelectual, motor, sentimental, e todas as demais perspectivas do desenvolvimento cabíveis ocorram, é possível concluir que o Poder Público, neste caso, não contribuiu para o desenvolvimento humano dessa criança.

Essa conclusão ocorre a partir da premissa de que o desenvolvimento humano é a liberdade conferida ao indivíduo de desenvolver-se nos campos pessoal, político, social, econômico, por meio de políticas públicas que promovam o ser humano a algo além do mero desenvolvimento que lhe permita participar do grupo dos cidadãos economicamente ativos – isto é, o desenvolvimento humano é o progresso do homem como resultado de suas escolhas livres e conscientes, o que ultrapassa ao figura do homem desenvolvido como aquele detentor da capacidade de autossustento.

Por se tratar o direito à saúde de uma garantia constitucional base da opção legislativa do Poder Constituinte Originário, sua implementação faz parte das obrigações estatais

primárias, devendo ser criado, mantido e atualizado consoante as novas moléstias detectadas e os novos tratamentos desenvolvidos pela medicina mais avançada.

Através do estudo da primeira proposição, é relevante observar que a conduta do Poder Público – seja em não conceder o tratamento necessário ou concedê-lo de maneira deficitária ao indivíduo – contribui objetivamente para o aumento do que seria, *a contrario sensu*, o subdesenvolvimento humano, isto é, uma situação de deterioração do ser humano através de seu desenvolvimento precário dentro do contexto social em que se insere, impedindo, de maneira reflexa, que participe no seio social com toda sua potencialidade humana, abarcando as esferas cognitivas, experimentais, sensoriais, sentimentais, políticas e sociais. É sabido que a criança objeto da hipótese supra torna-se parte da população marginalizada, quando poderia ter tido melhor sorte em caso tivesse sido submetida ao tratamento médico adequado de que necessita para desenvolver seus talentos.

No que toca à segunda hipótese proposta, em que um indivíduo já adulto e economicamente ativo desenvolva quadro clínico degenerativo que não o impeça de trabalhar caso seja feito o tratamento médico adequado, é preciso desenvolver raciocínio semelhante, porém sob nova ótica.

Nessa situação, o indivíduo já havia estimulado os elementos que contextualizam o seu progresso humano sob todos os prismas necessários e, *a priori*, não necessitaria desse tipo de desenvolvimento de aspectos diversificados. No entanto, a alteração repentina da realidade de seu quadro clínico e de suas capacidades exige adaptações físicas e psíquicas, de maneira a conter o avanço da doença ou ao menos estagnar o quadro fático.

Caso esse indivíduo busque o tratamento de que necessita através da rede pública de saúde e esta, da mesma forma que na hipótese anterior, não forneça referido tratamento, ou forneça porém sem profissionais habilitados devidamente cadastrados, ou forneça o serviço desprovido do maquinário necessário – ou qualquer situação que obviamente impeça o indivíduo de obter o tratamento que tenha o condão de reduzir os efeitos da doença de que padece, não há dúvida de que o Poder Público estará impedindo, da mesma forma, o desenvolvimento humano do indivíduo.

Malgrado aqui o indivíduo já adulto tenha tido a oportunidade anterior de promover o seu desenvolvimento humano inicial, o fato do surgimento de doença que lhe exija adaptações físicas ou psíquicas exige-lhe, no mesmo sentido, que se incline a novo desenvolvimento, a novas perspectivas para dar continuidade a uma vida independente diante das novas limitações as quais não estava anteriormente habilitado. A ausência de um tratamento decente será o estopim para a degradação desse indivíduo, eis que lhe será tolhido o direito de

participação efetiva no mercado de trabalho e nas demais relações sociais e, apesar das limitações que transformaram sua vida, sua potencialidade humana restará subestimada e esse indivíduo inevitavelmente tornar-se-á um dado estatístico da população economicamente inativa, ou marginalizada devido à precariedade do sistema de saúde e sem quaisquer possibilidades de buscar um tratamento paliativo, ou ainda refletirá percentual marginalizado absolutamente dependente do sistema previdenciário, em gozo de benefícios incapacitantes temporários (auxílio-doença) ou definitivos (aposentadoria por invalidez) que, evidentemente, poderia não o ser caso tivesse sido submetido a tratamentos médicos adequados.

Com exceção de doenças graves impassíveis de qualquer tipo de tratamento (a exemplo de doenças que debilitam a pessoa e suas capacidades, como a doença de Alzheimer avançada, acidente vascular cerebral com sequelas neuromotoras graves, acidentes de trânsito que invalidam o indivíduo de forma irreversível, entre outras situações afins), é possível observar, nesse ínterim, que em ambas as hipóteses, o indivíduo representativo da primeira hipótese é um beneficiário em potencial do sistema da seguridade social, especificamente no que tange à assistência social e, da mesma forma, o indivíduo representativo da primeira hipótese é um beneficiário em potencial do sistema da seguridade social, especificamente no que tange à previdência social. Importante destacar que, neste último caso, não apresentando os requisitos básicos para o gozo de benefícios previdenciários, o indivíduo será, como na primeira situação, também beneficiário do sistema da assistência social.

Independentemente a qual sistema da seguridade social estará o indivíduo vinculado, o fato é que as hipóteses dadas representaram uma sobrecarga desnecessária à assistência ou à previdência, considerando-se que, diante de uma prestação adequada e efetiva do direito à saúde, com o condão de auxiliar o indivíduo a readaptar-se consoante suas novas habilidades e competências conferindo a ele um novo desenvolvimento humano – ou adaptando as margens de liberdade anteriormente gozadas ao novo modelo de saúde que a vida lhe incumbiu – poderia continuar sendo apenas usuário efetivo do sistema de saúde pública, sem que isso pudesse representar, em contrapartida, a sobrecarga reflexa das demais pilastras do sistema da seguridade social: a assistência e a previdência.

A prestação do serviço de saúde inadequado ou deficitário representa, para o indivíduo, a relativização de seu desenvolvimento humano face à limitação de suas liberdades decorrente do subdesenvolvimento de suas habilidades humanas – cognitivas, psicológicas, sentimentais, sociais, econômicas, entre outras – e sua inevitável marginalização social, eis que tratamentos específicos ou preventivos nem sempre são fornecidos pela rede pública de saúde de maneira adequada, integral e efetiva o que impede que as consequências das

moléstias possam ser contidas ou estagnadas a contento, de maneira satisfatória para que o indivíduo possa ser mantido ativo no seio social. Lado outro, a mesma situação representa, para o setor público, em primeiro plano, a utilização pelo indivíduo do sistema de saúde dentro de suas possibilidades de acesso aos tratamentos disponibilizados pelo ente estatal e, ato contínuo, a utilização, pelo mesmo indivíduo, do sistema de assistência e de previdência, que serão economicamente responsabilizados pelas chagas encontradas na ineficácia do sistema de saúde – cuja discussão será abordada em tópico oportuno.

De toda maneira, a prestação deficitária dos serviços incumbidos ao sistema de saúde pública culmina, sem dúvidas, na redução do ser humano a um ser meramente vivente, não participativo na sociedade em que se encontra em razão das consequências nefastas causadas pela impossibilidade de desenvolvimento humano derivadas da prestação inconclusiva dos serviços de saúde pelo Estado.

CAPÍTULO 2 MEIOS GARANTIDORES DO DIREITO À SAÚDE

2.0 Remédios constitucionais e outras ações como instrumentos de implementação do direito à saúde

A saúde, no contexto apresentado no Capítulo anterior, advém de norma constitucional programática derivada da vontade do legislador Constituinte Originário, que não deixou margem de dúvida a respeito da importância da garantia do direito à saúde de maneira integral ao cidadão.

Com vistas a conferir eficácia a esse direito, a Constituição Federal previu meios coercitivos a serem utilizados contra o próprio Poder Público pelos cidadãos ou entidades fiscalizadoras em geral, que são os chamados remédios constitucionais. Além delas, existem também as ações ordinárias em geral.

Os remédios constitucionais representam o conjunto de ações judiciais constitucionais disponíveis aos cidadãos cujo direito, constitucionalmente garantido, esteja sendo violado pelo Poder Público ou por quem o represente. É evidente a pretensão do legislador Constituinte Originário para que pudesse haver, entre os Poderes, uma margem de fiscalização externa pelo outro, de maneira que na hipótese do descumprimento de um dever por um dos Poderes, o outro teria condições de suprir a carência por iniciativa própria ou por meio de provocação do Poder reticente. Na esfera constitucional, as ações mandamentais têm esse condão e podem ser concedidas inclusive por medida liminar.

É sabido que essa medida não é a única disponibilizada aos cidadãos com essa finalidade. Na legislação esparsa há outros tipos de medidas judiciais cabíveis para se obter prestações preventivas ou repressivas contra o Estado, que são as ações civis públicas e as ações ordinárias, em que podem ser utilizados inclusive pedidos para a concessão de tutelas provisórias – de urgência ou de evidência, conforme cada caso. Essas possibilidades serão abordadas considerando estritamente o objeto sob análise, que é o direito à saúde, prescindindo das peculiaridades procedimentais que as identificam.

O mandado de segurança é um tipo de ação constitucional cuja legitimidade ativa é conferida ao titular de direito classificado como líquido e certo, isto é, um direito claro e evidente sendo dispensável a dilação probatória em razão da existência de provas pré-constituídas. Esse tipo de ação é regido pela Lei 12.016/09, que traz rito e prazos diferenciados e somente pode ser impetrado contra o Poder Público, único legitimado passivo, na condição de autoridade coatora.

Esse rito mandamental pode ter por objeto a tutela de direitos individuais e também de direitos coletivos, conquanto sejam líquidos e certos, o que permite um amplo espectro de tutela singular ou coletiva em relação a prestação do direito à saúde.

A utilização desse procedimento relaciona-se a obtenção de rápida solução contra atos do Poder Público quando se tratar de matéria de direito ou, quando necessárias outras provas, que estejam pré-constituídas e instruem a inicial. Assim, quando se observar, por exemplo, que a equipe médica cadastrada nos Órgãos Públicos para prestar atendimento à população é carente de várias especialidades, ou mesmo que não há médicos cadastrados para a realização de determinados procedimentos cirúrgicos, é possível que, por meio de um mandado de segurança, o Poder Público seja obrigado a readequar o corpo clínico cadastrado, de maneira a permitir que, com isso, a população seja beneficiária de um serviço de saúde adequado.

As ações civis públicas são regulamentadas pela Lei 7.347/85 e tem o objetivo de tutelar danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico, bem como quaisquer danos causados a direitos classificados como difuso ou coletivo (art. 1º, IV), como é o caso do direito à saúde, que pode tomar forma de direito difuso, quando apresentar a mais ampla titularidade, atinente a sujeitos não identificáveis, ou de direito coletivo, quando se relacionar a determinados grupos de sujeitos identificáveis ou não, titulares daquele direito.

Por meio da representatividade adequada, seja pelo Ministério Público, seja por órgãos não governamentais de proteção a minorias ou outras entidades, é permitida a propositura de ação civil pública para obrigar o Poder Público a cumprir os mandamentos legais e constitucionais em relação à garantia do direito à saúde. Uma hipótese é quando se verifica que o número de leitos disponíveis em determinado hospital público é incompatível com a população da cidade (ou região ao qual referido hospital atende), sendo possível pleitear uma tutela de urgência em uma ação coletiva para a majoração desse número, o que permitirá despendar atendimento com maior amplitude aos usuários do sistema de saúde.

Em relação à ação ordinária, trata-se de uma ação judicial de rito comum, previsto pelo Código de Processo Civil apta a qualquer tipo de objeto, desde que se trate de direito individual que demande dilação probatória, ainda que unicamente documental. Para que o procedimento não se torne demasiado lento em decorrência da necessidade de instrução probatória e o direito almejado venha a se tornar inócuo, é possível ao interessado requerer ao magistrado o deferimento de tutelas provisórias – que podem ser de urgência ou de evidência de acordo com a situação processual e a necessidade da parte – ou de tutelas liminares, na hipótese de verossimilhança das alegações.

Usualmente, as ações ordinárias são utilizadas na defesa de direitos individuais, quando a parte necessita de determinado tratamento não regulamentado pela rede pública ou que, embora regulamentado, não esteja prontamente disponível para o gozo do paciente. Assim, é preciso solucionar o problema mediante a produção de provas no processo, não apenas da imprescindibilidade do tratamento mas a respeito da omissão do Estado. Muitas vezes a concessão de medidas antecipatórias do mérito é o único meio de se evitar que a parte pereça na expectativa de que seu direito seja conferido ainda antes do trânsito em julgado.

Além das medidas judiciais supra descritas, é imprescindível mencionar também o instrumento da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF), previsto no §1º do Art. 102 da Constituição Federal, que permite que apenas alguns legitimados (os mesmos legitimados à propositura de ações direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade) possam ingressar com essa medida de competência originária do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de violações à Constituição Federal e de competência originária dos Tribunais de Justiça de cada Estado, quando se tratar de violações às Constituições Estaduais. O escopo é proteger determinado preceito fundamental, por exemplo, o direito à saúde, que não esteja sendo devidamente observado pelo Poder Público e em relação ao que não caiba outro tipo de proteção jurídica por meio dos demais remédios constitucionais. O caráter residual dessa ação é inequívoco, razão pela qual poucas são os exemplos de defesa de direitos fundamentais que tenham a ADPF por instrumento.

As hipóteses descritas demonstram que a existência de políticas públicas deficitárias ou inexistentes não isentam o Poder Público de uma resposta adequada aos cidadãos no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque a tramitação de procedimentos burocráticos para a inclusão ou não de substâncias ou de procedimentos médicos no rol dos serviços fornecidos pela rede pública de saúde ocorre independentemente da propositura de ação judicial que tenha o mesmo escopo.

Por meio destas medidas judiciais é possível ao jurisdicionado obter, perante o Poder Judiciário, o cumprimento de medidas de competência originária do Poder Executivo garantidoras do seu direito à saúde mas que, por qualquer razão, não haviam sido disponibilizadas à população pelo Poder Executivo, responsável direto pela implementação de políticas públicas efetivadoras deste direito.

Malgrado referidas medidas tenham o escopo de fazer cumprir um direito essencial à garantia da vida humana, é cediço nem sempre se tratar da melhor forma de o fazer, considerando-se que ao Poder Judiciário é vedado imiscuir-se nas matérias de competência constitucional de qualquer dos demais Poderes do Estado.

A respeito disso, há muitas críticas relevantes que devem ser ponderadas em razão do orçamento público disponibilizado para o fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo Poder Público, a impossibilidade de o Poder Judiciário adentrar no campo de atuação do Poder Executivo e Legislativo a respeito do desenvolvimento de políticas públicas ou mesmo sobre a dispensação de medicamentos ou tratamentos ainda em fase experimental ou sobre os quais pendem a aprovação da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Isso porque se presume que os Poderes Legislativo e Executivo, responsáveis pela elaboração e desenvolvimento de políticas públicas na área do direito à saúde, consideram estudos a respeito de aspectos médicos, eficácia global e efeitos colaterais advindos do uso de determinadas substâncias ou tratamentos para que sejam incluídos ou não na lista pública de dispensação coletiva.¹

Não se discute que decisões judiciais abusivas em detrimento do Estado em ações que versem sobre o direito à saúde podem, muitas vezes, obstar questões administrativas sobre o direito à saúde ou mesmo a própria execução de políticas públicas nesse sentido. É necessário que o Poder Judiciário utilize com máxima cautela seu poder para evitar desserviços públicos em prol do pleito individual por saúde, como esclareceu a Ministra Ellen Gracie, em julgado proferido em mandado de segurança:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, 'o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo' (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.²

¹ BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 14/02/2018, às 10h04.

² STF, *DJU* 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70165&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14/02/2018, às 10h40.

A decisão supra ocorreu em sede de mandado de segurança em que foi deferida liminar para que o Estado do Rio Grande do Norte arcasse com o ônus material de fornecer determinado tratamento médico, ainda em fase experimental, sobre cuja eficácia (ao menos na época em que proferido o r. acórdão) pendia dúvida concreta que inviabilizava sua inscrição no rol de medicamentos e tratamentos fornecidos pelo Poder Público. Ainda, o paciente já estava em gozo do tratamento convencional disponibilizado pela rede pública, o que não justificaria a urgência deferida por meio de medida liminar.

Esse tipo de situação poderia ter sido objeto de uma ação coletiva, por ser possível (e necessária) a discussão abstrata sobre a legalidade e suficiência da alocação orçamentária prevista pelo Poder Executivo para aquele tipo de obrigação, bem como a possibilidade de análise de controle de constitucionalidade dos atos da Administração Pública, com a consequente ampliação da discussão técnica em razão dos legitimados ativos aptos nesse tipo de procedimento, como o Ministério Público e entidades especializadas. Importa mencionar que a questão seria objeto de debate mais frutífero na esfera coletiva, porque abstrata, e seus efeitos emanariam com maior amplitude em razão de esse tipo de procedimento fazer coisa julgada com efeito *erga omnes*.³

É evidente que o direito à saúde apresenta várias maneiras diferentes de tutela, a variar consoante se pretenda uma tutela individual ou coletiva consoante se almeje uma discussão mais superficial ou mais acurada, a urgência e necessidade do paciente e a abrangência territorial em que a sentença do magistrado irá surtir efeitos. Apesar disso, a consequência da iniciativa por meio de ações judiciais será esmiuçada em momento oportuno, logo após tratarmos sobre as margens da doutrina da efetividade.

2.0.1 A doutrina da efetividade

A expressão “doutrina da efetividade”⁴ adveio de uma experiência dogmático-constitucional em que se constatou a inoperabilidade das garantias constitucionais e, em contrapartida, a premente necessidade de realização de seus mandamentos para que à Carta Constitucional fosse concretizado o seu devido status.

³ BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. Op. Cit. P. 31.

⁴ Expressão inicialmente empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, conforme BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 15/03/2017, às 8h54

Essa problemática, na realidade, era causa de discussões semelhantes também no estrangeiro, a respeito do que Bobbio sopesava:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos é esse que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confinados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o programa é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito?⁵

O objetivo era pôr em exercício as vontades do legislador Constituinte Originário contidas na norma constitucional, que permaneciam inexecutáveis em razão da falta de normatização infraconstitucional adequada ou de políticas públicas suficientes a conferir o seu cumprimento. Diante da mistificação ideológica⁶ dessas normas intangíveis, o cerne dessa doutrina é que os mandamentos constitucionais fossem dotados de eficácia plena, direta e imediata com exequibilidade garantida a partir de sua própria natureza de norma constitucional.

O ineditismo das discussões sobre a força normativa da Constituição não se iniciou com a doutrina da efetividade, pois a necessidade da concretização da imperatividade constitucional era matéria a respeito do que jamais se aceitaria sua relativização em virtude da soberania popular que sustenta seus termos e, apesar das atribuições e competências destinados especificamente a cada órgão e a cada ente governamental, já era sabido que os meios e instrumentos para a efetivação dos direitos previstos era diretamente dependente da habilitação a ser promovida pela Legislatura, sem o que não era possível o exercício desses direitos.⁷

Por meio de instrumentos constitucionais e infraconstitucionais como o mandado de segurança, ações civis públicas e ações ordinárias, respectivamente, foi concedido ao cidadão exigir do Estado inadimplente por ação ou omissão, através da atuação do Poder Judiciário, a tutela do bem jurídico “saúde” no grau máximo de sua capacidade normativa, operacionalizando a norma através de instrumentos distintos da mera vontade estatal.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 77-8.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. p. 31. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 14/02/2018, às 11h06.

⁷ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 11. ed, São Paulo: Saraiva, 1933. p. 488-489.

Manipulada dessa maneira, o conteúdo da norma constitucional transfigura-se em direito subjetivo do cidadão postulante e o Poder Judiciário avoca, por conseguinte, a responsabilidade de realizar a Constituição Federal através de um parâmetro positivista, no tocante às normas constitucionais, e de um critério formalista, no tocante à exigibilidade de alguns direitos, desvinculando-os de quaisquer entremeios hábeis a relativizá-los, a exemplo da precariedade orçamentária do Poder Público para a efetivação de diversos direitos, como o da saúde. Atualmente, esse entendimento sofreu ponderações pós-positivistas decorrentes de vários fatores externos, a saber, o conceito de mínimo existencial e a colisão entre princípios.⁸

A mudança de paradigma observado reuniu densas alterações sistemáticas que resultaram no movimento do neoconstitucionalismo brasileiro, mais intensos a partir da promulgação da Constituição Democrática de 1988. Não se pode afirmar que o neoconstitucionalismo equivale, absolutamente, à doutrina da efetividade, mas sob a ótica operacional, a afirmação pode ser considerada verdadeira.⁹

Esse contexto histórico-democrático estimulou que a doutrina da efetividade se fortalecesse por meio da atuação do Poder Executivo, com a implementação de políticas públicas no campo do direito à saúde e por meio da atuação do Poder Legislativo, que passou a normatizar matérias inoperantes ao Executivo pela falta da respectiva norma. As situações não regulamentadas por esses dois Poderes ou cuja regulamentação carecia de orçamento específico para seu desenvolvimento tornaram-se, espontaneamente, de competência do Poder Judiciário que, mediante a provocação do Ministério Público ou de cidadãos individual ou coletivamente, tornaram cultural o ajuizamento de demandas judiciais com o escopo de efetivar o mandamento constitucional.

Não somente em relação às omissões dos Poderes, mas nos casos em que a morosidade burocrática dos procedimentos administrativos necessários para que os Poderes Legislativo e Executivo concretizassem suas atribuições constitucionais também passaram a representar, reflexamente, uma nova atribuição do Poder Judiciário, eis que a população carente dos medicamentos e tratamentos cujo fornecimento já havia sido aprovado pelo Legislativo e sobre o qual pendia análise orçamentária do Poder Executivo socorreu-se de seus direitos em ações judiciais.

Com a utilização intensiva e indiscriminada dos meios e instrumentos de implementação do direito à saúde, é possível constatar que, na verdade, a solução do

⁸ Ibidem, p. 06.

⁹ LYNCH, Christian Edward Cyril. MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. p. 974. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-974.pdf>>. Acesso em: 16/02/2018, às 20h45.

problema foi apenas transferida para o Poder Judiciário quando, na realidade, nunca deixou de pertencer essencialmente aos Poderes Executivo e Legislativo.

Mais ousada é a opinião traçada por Ferreira Filho, para quem

(...) era clara a posição do próprio legislador constituinte: traduzia nítida descrença nos ‘políticos’. A inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, as minudências de caráter infraconstitucional do texto, bem como os inúmeros prazos para a edição de leis e a preordenação do conteúdo destas demonstram suficientemente que o constituinte não acreditava no trabalho do legislador ordinário.¹⁰

O que inicialmente era a necessidade de valorizar a essência da norma constitucional por meio do reconhecimento de sua força normativa e sua respectiva efetivação pelos Poderes responsáveis, verteu-se em numerosas ações judiciais que assoberbam o Poder Judiciário e endividam o orçamento público em razão da concessão de medidas antecipatórias do mérito em geral e outras peculiaridades que envolvem cada caso concreto. Ao se elevar o direito à saúde a direito constitucional subjetivo do indivíduo tutelável indiscriminadamente através da atuação do Poder Judiciário, obscureceu-se, em contrapartida, as normas constitucionais responsáveis pelas atribuições e competências de cada Poder na medida em que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição¹¹ impõe que toda a matéria apresentada ao Poder Judiciário faz jus a uma decisão de mérito.

A gênese da doutrina da efetividade foi motivada por um contexto histórico-constitucional específico de precariedade axiológica, que exigia uma solução adequada e relativamente instantânea naquele momento de transição democrática. Contudo, a solução inicialmente transitória tornou-se permanente eis que, para os titulares do direito, a busca pela solução do conflito de maneira individualizada é mais cômoda porque mais ágil e eficaz se comparada à solução do conflito na esfera administrativa do Poder omissor ou de maneira coletivizada em ações judiciais.

2.0.2 O deferimento de pedidos judiciais sobre saúde e o princípio da separação dos Poderes

O direito à saúde, da maneira como analisado, evidenciou dilemas outros que não apenas a falta de efetividade das normas constitucionais. Pôs em questão a usurpação de competências constitucionais pelo Poder Judiciário que, ao deferir os pedidos formulados em ações judiciais que visam a obtenção de prestações atinentes à garantia da saúde, estaria

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230.

¹¹ Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

imiscuindo-se em campos de atuação alheios à suas atribuições constitucionais. Em contrapartida, essa atitude trouxe a lume a ideia da ineficiência dos Poderes Executivo e Legislativo, o que teria sido a mola propulsora da atuação exacerbada do Poder Judiciário a justificar ineficiências e usurpações em um círculo infinito.

Por cronologia, será analisado em primeiro plano o princípio da separação dos Poderes e em seguida serão tecidas considerações sobre os limites em que essa conduta do Poder Judiciário caracterizar-se-ia excedente.

O sistema político brasileiro funda-se na ideia de Estado democrático de Direito¹², o que indica que a organização estatal considerará os termos previstos na lei como limitadores de liberdades individuais e coletivas, que são as decorrentes da dignidade da pessoa humana e das liberdades e garantias do Estado, garantindo a soberania da lei sobre todas as relações sociais de maneira geral e, simultaneamente, essa limitação legal às irradiações do princípio da dignidade humana será ponderada pela incidência do princípio democrático¹³, que determina que o titular do poder do Estado é o povo e todas as suas classes representativas terão a incumbência de expressar diretamente suas escolhas ou manifesta-las através de representantes eleitos de forma direta (voto) ou indireta (por meio de representantes eleitos).¹⁴

A democracia é um princípio que se faz presente em cada um dos três Poderes e em todas as esferas de governo, que estimula a que todas as camadas populacionais participem da governança, com ela se identifiquem e se responsabilizem para com as decisões adotadas pela coletividade. Nos Poderes Legislativo e Executivo, a representatividade populacional ocorre por meio do voto direto, pelo sistema majoritário e, outra parte, por meio do voto indireto, pelo sistema da representatividade. Em relação aos ocupantes de cargos no Poder Judiciário, a democracia não ocorre, em sua maioria, por meio do sistema eleitoral, mas por meio de critério técnicos, como a aprovação em concurso de provas e títulos. Porque não são eleitos pelo povo, constituiriam uma aristocracia, o que justificaria fossem controlados pelos representantes desse povo.¹⁵ Nesse sentido, o princípio democrático é estampado com maior

¹² Constituição Federal, Art. 1º. “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:” Disponibilizada em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/07/2018, às 9h11.

¹³ Constituição Federal, Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Disponibilizada em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/07/2018, às 9h12.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. p. 10-11. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 15/02/2018, às 20h27.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit. P. 232.

clareza naqueles Poderes, o que não significa que o Poder Judiciário estaria à margem dessa democracia, especialmente porque o Órgão Máximo da hierarquia do Poder Judiciário é exatamente o Órgão constitucionalmente nomeado guardião da Constituição Federal¹⁶ e, por conseguinte, guardião do próprio Estado Democrático.

A democracia contemporânea rejeita a ideia do poder popular ilimitado. A limitação do poder ocorre pela existência de direitos fundamentais, naturais e imprescritíveis de um lado e, de outro, pela divisão de atribuições funcionais imposta ao poder de governo, mais conhecida pelo princípio da separação dos Poderes. Essa forma organizacional forma o sistema de freios e contrapesos, cujo escopo é que “o poder detenha o poder”.¹⁷

A democracia afigura-se uma condição indispensável para deflagrar o movimento inicial para a judicialização, pois não é possível harmonizar governos autoritários à atuação irrestrita do Poder Judiciário.¹⁸ Contudo, é importante sopesar que a democracia outorgada, em que inúmeros direitos do cidadão são resultados de estratégias participativas derivadas de um mero dever social que envolve essas decisões provoca, na realidade, o efeito adverso: a partir do momento quando a população exerce a democracia motivada por uma obrigação constitucional, cujo descumprimento gerará algum tipo de sanção, observa-se um retrocesso no processo de participação política por meio da conscientização individual ou coletiva da participação democrática. Nesse contexto, a prática atual da democracia não se encontra na conscientização e maturidade política da população, mas em uma espécie de troca de favores que resulta na apatia participativa.¹⁹

A democracia permite ao Poder Público a adoção de uma conduta abstencionista para resguardar os direitos e as liberdades individuais e coletivas dos cidadãos; no entanto, quando se trata da proteção e garantia a direitos sociais, donde se aloca o direito à saúde, passa a se exigir que a conduta estatal seja, necessariamente, ativa, de maneira a promover políticas públicas e outras ações focadas na realização da norma constitucional.

A Constituição Federal deve ser interpretada conforme as margens ideológicas e políticas da sociedade onde vige, o que explica a existência de um denso rol de direitos e liberdades individuais, apontando para a existência de um rol mínimo de prestações que

¹⁶ Constituição Federal, Art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

¹⁷ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Op. cit. P. 46-47.

¹⁸ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil:** apontamentos para uma nova abordagem. Publicado no IV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em julho 2004. P. 117. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 17/02/2018, às 20h06.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado.** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 115.

denotam o próprio Estado de Direito, o que “(...) indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes.”²⁰

A manifestação do Poder Judiciário não se classifica como hipótese de ingerência entre Poderes por ter por base cada caso concreto apresentado à análise jurisdicional, sob a ótica permanente do princípio da dignidade da pessoa humana e com o escopo a manutenção do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais. Ainda, referido Poder não avoca a responsabilidade pela criação de políticas públicas ao exercer sua função jurisdicional em tutela individual ou coletiva, mas tão somente implementa as já existentes.²¹

Não se fala em ingerência entre os Poderes pois o Poder Judiciário não atua no sentido de fiscalizar a elaboração de políticas públicas ou a destinação orçamentária ou de material humano para a realização dessas políticas públicas, mas exclusivamente no direito subjetivo, individual ou coletivo, de o cidadão obter a garantia do direito constitucional à saúde e, por lógica, à vida, através da atuação do Poder Judiciário sobre os atos administrativos praticados pelos outros Poderes.

Essa política de individualização da demanda ocorre sempre quando o usuário da rede pública de saúde necessita de um medicamento ou insumo não disponibilizado pelo sistema de saúde e faz com que o Poder Judiciário se manifeste processualmente, pela concessão ou não do pedido, mediante a condenação ou não do Poder Público a realizar o objeto. Sobre isso, o Supremo Tribunal Federal concluiu que não se trata de intervenção do Poder Judiciário no campo de atuação constitucional do Poder Executivo, mas sim de controle judicial nos atos e omissões administrativas, como se observa no excerto do r. acórdão prolatado pelo Ministro Celso de Mello:

(...) É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção

²⁰ GARCIA, Emerson. **Princípio da separação dos poderes**: os Órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4882374a-7358-4b39-a900-666413d9313a&groupId=10136>. Acesso em: 19/02/2018, às 23h22. P. 07.

²¹ BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, Jose Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010. p. 259.

do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.²²

A atuação estatal deverá observar estritamente as ações e as omissões necessárias à manutenção da ordem política, da dignidade humana e da promoção de políticas públicas hábeis a conferir os direitos enumerados e, caso se observe a presença de uma omissão quando deveria ter havido uma ação, emergirá a legitimidade constitucional do Poder Judiciário exclusivamente “(...) na aferição de comportamentos aparentemente envoltos no outrora inexpugnável manto da discricionariedade administrativa.”²³

Diante dessas considerações, é assente que o princípio da separação dos Poderes não deve ser visto como independência e autonomia, mas tão somente uma divisão de atribuições estatais a permitir uma melhor atuação e administração, muito embora conste expressamente da Carta Magna que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”²⁴. Sempre que essa separação de Poderes constituir-se óbice à concreção de direitos sociais, que, por necessitar de uma postura ativa do Estado muitas vezes inexistente, pode ser fomentada a atuação fiscalizadora do Poder Judiciário unicamente no que tange a atos, omissões, oportunidade e conveniência da atuação administrativa de qualquer dos demais Poderes, com vistas à realização do direito social almejado e, por óbvio, com vistas à realização da própria Constituição Federal.

2.1 O papel do Poder Judiciário nas garantias sociais: o ativismo judicial, a judicialização de políticas públicas e a dignidade humana

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada com o escopo de manter, em benefício dos cidadãos, uma série de direitos já existentes nas constituições anteriores e conferir novos, necessários à garantia do mínimo existencial que se fazia necessário à medida que sociedade evoluía.

Apesar disso, a existência de direitos constitucionais como o direito à saúde não conferia aos cidadãos o direito ao gozo efetivo, face à inexistência de fiscalização por órgãos ou entidades interessadas bem como a inexistência de medidas capazes de tornar efetivas as promessas constitucionais. Assim, os meios garantidores do direito à saúde concretizaram os direitos normatizados por meio da atuação provocada do Poder Judiciário, o que passou a ser o único instrumento de possibilitar o escopo almejado.

²² ADPF-MC 45-9/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Data: 04/05/2004. O inteiro teor da decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental encontra-se no Anexo I deste trabalho.

²³ Ibidem, p. 08.

²⁴ Constituição Federal, Art. 2º.

A excessiva atuação do Poder Judiciário, ainda que não espontânea, deu início aos movimentos denominados “ativismo judicial” e “judicialização de políticas públicas”, que foram se desenvolvendo em um campo de dúvidas e incertezas, tendo por um lado a delicadeza de não adentrar em esfera de atuação distinta de suas atribuições constitucionais e, por outro, não se esquivando de decidir as celeumas postas sob seu crivo, sendo diligente em conferir os direitos normatizados e não observados em políticas públicas sob a ótica do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É cediço que não é conveniente ao Poder Judiciário extrapolar seus limites de atuação sob pena de relativizar o princípio democrático, instaurando uma hipótese de centralização de Poder camuflada de legítima sob o argumento de fiscalização e proteção das normas constitucionais não observadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Na realidade, essa situação deve ser absolutamente rechaçada em nosso ordenamento em prol da própria existência e vigência da Constituição Federal, razão pela qual o ativismo judicial e a judicialização de políticas públicas são medidas inicialmente positivas mas que devem ser utilizadas com cautela não apenas pelo Poder Judiciário mas especialmente pela população carente da realização constitucional.

Ambas serão devidamente esmiuçadas e abordadas tendo por base não apenas a técnica processual que as acompanha, como os reflexos teóricos e práticos que emanam na esfera jurídica.

O ativismo judicial traduz-se em uma nova expressão dos integrantes do Poder Judiciário que, diferente da postura passiva indicada pelos princípios constitucionais da inércia da jurisdição (expresso pelo brocardo latino *nemo iudex sine actore*) e dispositivo, que determinam a abstenção do magistrado na iniciativa do processo bem como na produção de provas, transformando-o em um mero expectador das provas produzidas pela parte a quem é atribuído o ônus *probandi*, preconiza uma conduta proativa pelo magistrado dentro do processo tendo por pressuposto a fundamentalidade da função jurisdicional para a concretização dos valores constitucionais.²⁵ Barroso explica que o ativismo ocorre “(...) em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”²⁶

O ativismo judicial tem sua gênese no direito estadunidense quando uma maioria conservadora, visando impedir que minorias marginalizadas tivessem os mesmos direitos e

²⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla. Santos, Jose Sebastião dos. Op. Cit. P. 260.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 06. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 02/03/2018, às 15h01.

privilégios sociais da classe dominante, situação que começou a ser alterada em meados da década de 1950, quando a Suprema Corte tomou frente em produzir jurisprudência inédita, de cunho progressista, em prol de algumas minorias como mulheres, negros e outros, em matéria de direitos fundamentais.²⁷

A atuação do Poder Judiciário por meio do ativismo é de cunho expansivista, pois extrai da norma sua potencialidade máxima protetiva, sem adentrar em campos de atuação diversos. O ativismo “responde sobre quem deve concretizar os valores constitucionais em um caso concreto.”²⁸ O oposto do ativismo é a autocontenção, que restringe a esfera de atuação constitucional às instâncias tipicamente políticas.²⁹

É possível inferir que o ativismo judicial é um mecanismo de proteção e fortalecimento democrático, visto que analisa e julga questões de considerada relevância social que não tenham sido, eventualmente, dissecadas em sua integralidade no transcurso do processo legislativo, havendo arestas remanescentes que podem (e devem) serem aparadas pelo Poder Judiciário; aqui, “(...) os juízes atuam sob a base de uma tensão sobre o desejo de proteger valores perenes protegidos por meio da Constituição e a necessidade de atualizar esses valores de acordo com as necessidades e concepções de seis contemporâneos.”³⁰ Na realidade, não se qualifica um magistrado como “ativista” em abstrato, pois essa qualidade somente pode ser apreciada em cada caso concreto, quando o magistrado tenciona defender determinados valores sociais específicos.³¹

O contraponto que se traça é a exposição da vulnerabilidade do Poder Legislativo, o que não constitui, na realidade, uma questão inédita no nosso País, onde muitas leis maculadas de qualquer vício são elaboradas, votadas, sancionadas, publicadas e, mesmo quando inconstitucionais, acabam produzindo efeitos. O saldo observado é, sem dúvidas, positivo ao ativismo judicial.

Paralelamente a esta figura, outro ponto de grande repercussão é a questão da judicialização de políticas públicas. Não há, efetivamente, um conceito determinado sobre o

²⁷ Ibidem, p. 07.

²⁸ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 308.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 06. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 02/03/2018, às 15h01.

³⁰ CHEREMINSKY, Erwin, in APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 309.

³¹ APPIO, Eduardo. Op. Cit. P. 310.

que consistiria o termo “políticas públicas”, o que se sabe é que não advém do estudo das leis, mas de ciências outras, como a ciência política.³²

Porque muitas vezes é possível observar que o Poder Público presta o serviço de saúde de forma precária e incompleta, ou ainda que o serviço disponibilizado pela rede pública não atende aos interesses diretos de um determinado cidadão ou de uma classe determinada ou determinável de cidadãos, a utilização dos meios judiciais garantidores do direito à saúde na esfera individual (como o mandado de segurança e ações de obrigação de fazer, abordados no tópico anterior) tornou-se um dos meios mais eficazes (talvez em razão da agilidade em que o titular do direito obtém o resultado almejado se comparado à esfera administrativa de atuação do Poder Executivo) para a garantia desse direito. Desta reiterada atuação do Poder Judiciário instigada por titulares individuais do direito adveio a expressão “judicialização”³³, um neologismo à forma de atuação deste Poder. Por isso, inicialmente a expressão traduz-se no processo de utilização excessiva do Poder Judiciário para promover a realização de direitos constitucionalmente previstos, como o direito à saúde e a substâncias ou tratamentos que a garantam com eficácia.

O estopim do processo de judicialização foi a redemocratização do Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) que, dentre outras novidades, trouxe um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, incluindo as garantias da magistratura, que conferiu força motriz ao Poder Judiciário para deixar de ser um mero “departamento técnico-especializado” até mesmo com sua imposição perante os demais Poderes.³⁴ Ainda, atribui-se ao desenvolvimento da democracia em si e à derivada ideia de igualdade de condições a explosão de todas as formas de contencioso judicial.³⁵

Outra razão do processo de judicialização é o complexo e abrangente sistema de controle de constitucionalidade, existindo o controle incidental ou concreto de constitucionalidade, denominado sistema americano de controle de constitucionalidade, em que é permitido ao magistrado analisar a constitucionalidade de atos legislativos e executivos diante de situações concretas, relatadas em processos para a tutela de direitos individuais ou coletivos certos e determinados. Conferir, ao Órgão Máximo do Poder Judiciário, a incumbência de reconhecer a constitucionalidade ou não das leis “(...) importa em dar a ele o

³² RIBAS, Giovanna Paola Primor; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>>. Acesso em: 25/02/2018, às 19h57.

³³ BLIACHERIENE, Ana Carla. SANTOS, Jose Sebastião dos. Op. Cit. P. 256.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 02/03/2018, às 15h17.

³⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. P. 139.

papel de terceira Câmara (de função jurídica) do Legislativo. Atribuir-lhe um papel político, portanto.”.³⁶

Em paralelo, há o sistema europeu de controle de constitucionalidade de atos normativos, em que é possível suscitar à Corte Suprema para se manifestar sobre a constitucionalidade de normas, em controle abstrato de constitucionalidade, por meio de ações diretas, cujos legitimados constam em rol restritivo no art. 103, CF e são, em suma, Órgãos representativos públicos, privados ou confederações sindicais.³⁷ Do extenso rol de legitimados ativos à ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, CF), extrai-se a clara intenção política da existência desse tipo de controle, eis que é uma ação aberta a entes essencialmente políticos.³⁸

Constatou-se que partidos políticos de oposição utilizam-se dos mecanismos de controle de constitucionalidade como um recurso viável a impedir mudanças propostas pelos partidos da situação, o que explicaria o fato de os partidos políticos ocuparem a terceira colocação dentre os legitimados mais ativos na propositura de ações direta de inconstitucionalidade (ADin), correspondendo a 20,97% do total de ações propostas. No lapso entre a promulgação da Constituição Federal até o ano de 1998, apurou-se que, de todas as ADin propostas, 74% foram iniciadas por partidos da oposição. No lapso de 1999 a 2002, correspondente ao segundo mandato do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, observa-se um aumento considerável no ajuizamento de ADins em especial por partidos políticos de esquerda³⁹. Ainda, constata-se que no governo FHC, a cada duas medidas provisórias aprovadas pelo Governo uma ADin era proposta pela oposição o que, no Governo Lula, a proporção era de quatro para uma ADin, o que permite sugerir que esse tipo de judicialização era o principal instrumento utilizado por partidos de oposição para se contrapor ao governo da época, utilizando as vias do Poder Judiciário para obstar ações do Legislativo e principalmente do Executivo.⁴⁰

Contudo, Werneck pondera que a taxa de julgamento do mérito das ADins propostas no referido lapso foi de apenas 13,54% do total de 1.935 ADins e que, desse total, 54,36% ainda estão pendente de julgamento, o que é um indicador da abstenção do Poder Judiciário em embrenhar-se nas questões de cunho político, o que vai de encontro à tese difundida pelos críticos da judicialização, ao afirmar que o controle de constitucionalidade é o instrumento

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit. P. 247.

³⁷ GARAPON, Antoine. Op. Cit. P. 04.

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit. P. 245.

³⁹ VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social – Revista de Sociologia da USP. V. 19. N. 2. P. 66.

⁴⁰ Ibidem, p. 81.

que permite que o Tribunal torne “nula uma legislação oriunda dos poderes representativos.”⁴¹

É interessante mencionar que, do total de ADins propostas por partidos de direita e de esquerda, o objeto principal são normas produzidas pelos poderes federais. Werneck conclui que “(...) entre as 393 ADins contra o executivo e o legislativo federais, nada menos que 274 (69,7%) foram propostas pela esquerda, em forte evidência da adoção de ADins como mecanismo de defesa das minorias políticas em face da maioria esmagadora do presidencialismo de coalizão, que caracterizou sobretudo o período os dois períodos FHC.”⁴² A análise numérica sobre a propositura de ADins permite a clara conclusão de que se tornaram uma via “(...) complementar de disputa política e de exercício da oposição, mais utilizada pela esquerda, mas igualmente mobilizada pelo centro e pela direita.”⁴³

Os novos direitos e garantias constitucionais evidenciaram a existência de direitos que podem ser traduzidos em interesses econômicos ou sociais que embasam o sistema político. Além da esfera individual de direitos, com a população organizada em grupos atuantes como associações, fundações, partidos políticos entre outros que estimulam as lutas sociais coletivas para a realização de direitos, iniciou-se uma nova forma de manipulação do Estado por estes grupos que, para atingir suas finalidades institucionais, provocavam a atuação do Poder Judiciário por meio de ações.⁴⁴ Com sua abrangente capacidade técnica e competência constitucional para revisar atos administrativos que não atendam aos requisitos legais mínimos, esse Poder tornou-se o principal instrumento de atuação desses grupos sociais, cujos interesses econômicos são indiscutíveis.

Sobre as associações, observa-se que tem sido autoras contumazes de ADins, o que torna os integrantes do terceiro setor um dos principais responsáveis em fomentar a judicialização das políticas públicas, ainda que diante de restrições legais subjetivas como a comprovação da pertinência temática e pelo entendimento do STF em reconhecer os legitimados ativos desse tipo de demanda. No período de 1988 a 2005, o total de ADins propostas por associações foi de 907, sendo distribuídas entre associações mais representativas como a dos funcionários públicos (AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, ao lado de associações de policiais civis e militares e da associação de fiscais, procuradores, entre outras), a dos empresários (associação do comércio, da indústria, do

⁴¹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Publicado no IV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em julho 2004. P. 119/121.

⁴² VIANNA, Luis Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. Op. Cit. P.68.

⁴³ Ibidem, p. 69.

⁴⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Op. Cit. P. 118.

transporte, agrário, entre outros), dos trabalhadores (geralmente propostas por categorias ou centrais sindicais, como a CUT, Confederação Nacionais dos Trabalhadores da Indústria, da Agricultura, Central Geral dos Trabalhadores, entre outras) e as demais, representativas de outros interesses.⁴⁵

Considera-se que há dois tipos de judicialização, uma denominada “*from within*”, que reflete na administração pública os modos, métodos e procedimentos judiciais, aproximando a operacionabilidade administrativa às margens indicadas pelo Judiciário; a outra, denominada “*from without*”, que seria a hipótese em que o Poder Judiciário é instado a se manifestar sobre a decisão de outro Poder tendo por fundamento o ordenamento constitucional, o que torna sua decisão mais abrangente do que a dos demais Poderes – que é o tipo de judicialização mais difundido.⁴⁶

Em estudo publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2015, alguns dados interessantes são considerados a respeito da judicialização da saúde no Brasil⁴⁷. Os gráficos e dados estatísticos contidos no referido estudo não serão aqui abordados por tratarem, em sua densa maioria, de percentuais de atuação do Poder Judiciário, como as despesas econômicas e humanas para o julgamento de demandas em geral, não exclusivamente em ações de objeto “saúde”, o que tornam os dados demasiado abrangentes. As conclusões deste estudo são bastante pertinentes e indicam a credibilidade nas instituições jurídicas no auxílio direito à efetivação do direito à saúde, tendo em vista o aumento no número de demandas judiciais com esta finalidade, o que, em sua densa maioria, tem o escopo repressivo, embora muitas vezes tenham o condão preventivo. De maneira reflexa, observa-se o reconhecimento de que as instituições jurídicas têm influência direta na elaboração e execução das políticas públicas mas ainda se verifica um hiato entre os Conselhos de Saúde, instituições participativas administrativas onde se nota desconhecimentos de atuação decorrente da falta de comunicação.

Em 2009, uma iniciativa inédita foi adotada pelo Presidente do STF sobre ações que versavam sobre saúde pública: foi designada uma audiência pública que ocorreu entre os dias 27 e 29 de abril e de 04 a 07 de maio. Diante de diversos recursos apresentados por procuradorias dos Estados e Municípios diversos para a suspensão de liminares e tutelas antecipadas concedidas em primeiro ou segundo grau por magistrados em detrimento dos

⁴⁵ VIANNA, Luis Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Op. Cit. P. 71.

⁴⁶ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Op. Cit. P. 121.

⁴⁷ ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 130. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 03/03/2018, às 9h45.

respectivos Poderes Públicos, o Ministro Gilmar Mendes convocou uma audiência pública para a oitiva de operadores do direito (advogados, defensores públicos, professores, magistrados, representantes do Ministério Público) e operadores da saúde (médicos, enfermeiros, farmacêuticos), além de gestores e usuários do sistema público de saúde, com a finalidade de obter elementos suficientes e exaustivos para traçar uma possível linha de conduta dos magistrados nas ações em que o bem da vida tutelado é o direito à saúde.⁴⁸

O Ministro pretendeu a abordagem de maior amplitude e sob diversos vieses, concluindo pela necessária observância, pelo Poder Judiciário, da existência ou não de políticas públicas com a finalidade almejada pela parte no processo, de forma que o acolhimento do pedido representasse apenas o cumprimento de uma política já existente, e não a criação de uma política nova. Ainda, caso a prestação não se identificasse com nenhuma política pública já existente, ao magistrado competiria distinguir se isso deriva de uma omissão (legislativa ou administrativa), de uma decisão discricionária administrativa pelo não fornecimento ou, ainda, de uma vedação legal à sua dispensação. De todo modo, ressaltou a imprescindibilidade do registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) somado à necessidade de prova judicial das razões que motivaram o Ministério da Saúde a não fornecer a prestação objeto da lide.

Para o Presidente da Corte Suprema, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, quase que indiscriminadamente, todos os tratamentos pleiteados pela população, sendo necessário prestigiar as ações e políticas já existentes sob pena de o Poder Judiciário ser o responsável por ocasionar grave lesão à ordem administrativa, comprometendo toda a organização administrativa e orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS). Lado outro, é importante mencionar que um dos fatores responsáveis pela judicialização é a necessidade, pela população, de fármacos não disponibilizados pela rede pública de saúde, o que fomenta a propositura de ações judiciais com essa finalidade. Um estudo realizado no Estado de São Paulo concluiu que 77% dos medicamentos solicitados em um determinado período (anterior a 2012) não integravam os programas de assistência farmacêutica do SUS⁴⁹.

De extrema importância a atitude adotada pela Corte Suprema ao convocar todos os participantes da rede pública de saúde a emitirem seus pareceres o que, muitas vezes, é feito cotidianamente em processos sem o contraponto necessário para se atingir um ponto ideal de funcionamento. Lado outro, as considerações tecidas sobre a produção de provas judiciais

⁴⁸ Notícia retirada do site: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em: 03/03/2018, às 10h48.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 717.

para a análise da existência ou não de políticas públicas sobre o objeto dos autos, bem como as possíveis razões administrativas pelo fornecimento ou não da prestação são matérias alheias ao contexto processual, sobre as quais o legitimado ativo não tem o poder de controle sequer indireto, o que pode estimular com que o Poder Judiciário se torne um órgão de fiscalização e reexame das escolhas administrativas de órgãos como a ANVISA e o Ministério da Saúde, ainda que sem a possibilidade de emitir decisões de mérito sobre referidas escolhas.

Apesar de serem medidas tecnicamente necessárias são inviáveis diante da agilidade em que o objeto necessita ser fornecido, sob pena de extinção dos autos diante do óbito do interessado. Ainda que considerada a hipótese de grave lesão à ordem administrativa e ao erário, a garantia do direito à vida por meio da prestação da saúde ocupa um plano superior de análise, pois não é possível traçar uma relação de causa e consequência inversa, isto é, a garantia da existência de políticas públicas, do SUS e todas as demais que margeiam a discussão diante da hipótese de extermínio do próprio usuário.

A fragilidade da questão exige que o Poder Público, por meio de decisões administrativas em todas as esferas de governo e judiciais, adote medidas que contrariem a lógica financeira e administrativa, mas que seja capaz de poupar vidas em prol da própria existência do Estado e da sociedade.

A partir dessa importante iniciativa do STF em traçar uma linha diretiva de análise nas ações sobre o direito à saúde, a Advocacia Geral da União (AGU) publicou um estudo com dados estatísticos coletados até o mês de maio do ano de 2013, realizado apenas na esfera federal de atuação do Poder Judiciário, através do cruzamento de dados da própria AGU e do Ministério da Saúde, em que se observa o crescimento compulsivo da propositura de demandas judiciais no lapso de 2009 a maio de 2013, que chega a 24% tendo por base o primeiro e o último ano do período analisado.⁵⁰ No ano de 2009, 10.486 processos novos a respeito do bem da vida “saúde” foram propostos e, no ano de 2012, esse número cresceu para 13.051, sem uma razão determinada ou determinável inicialmente.

No lapso indicado, a AGU detectou que foram proferidas ao todo 7.773 decisões em processos que visam o direito à saúde e, desse total, 70% foram desfavoráveis ao Poder Público, condenando-o ao cumprimento de alguma obrigação. Apesar dessa apuração, não é possível afirmar o número de decisões de mérito que se tornou definitiva por não terem sido

⁵⁰ **Intervenção judicial na saúde pública.** Advocacia Geral da União – consultoria jurídica. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 26/02/2018, às 22h09. P. 05/06.

obtidos dados sobre os recursos interpostos que foram acolhidos ou rejeitados em última instância, o que permite apenas uma análise perfunctória do sistema.⁵¹

Importante indicar que esse número progressivo de ações judiciais para a obtenção de medicamentos e insumos para a garantia do direito à saúde reflete diretamente no orçamento público, eis que, além dos gastos ordinários do governo para a manutenção do sistema público de saúde, há os valores despendidos exclusivamente para o cumprimento das condenações judiciais. Apenas para o cumprimento de obrigações derivadas de condenações judiciais, na esfera do Poder Judiciário federal, no ano de 2009, o valor gasto foi de R\$ 83.165.223,93 (oitenta e três milhões cento e sessenta e cinco mil duzentos e três reais e noventa e três centavos) e, no ano de 2012, a mesma despesa saltou para R\$ 287.844.968,16 (duzentos e oitenta e sete milhões oitocentos e quarenta e quatro mil novecentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos), o que representa um aumento superior a 346% referente ao período analisado de 4 anos.⁵²

Importante observar que a expressiva majoração nas despesas do Ministério da Saúde para o cumprimento de condenações judiciais informado no estudo publicado pela AGU não se restringe unicamente às condenações na esfera federal, o que não permite traçar um comparativo real entre o percentual de aumento monetário utilizado para a finalidade do direito à saúde e o número de condenações judiciais.

O paralelo que é possível traçar é apenas o de que, mesmo com o aumento médio de 24% na propositura de ações judiciais contra o Poder Público federal, a 70% dessas ações são dados provimento e, em uma visão ampla, o aumento dos gastos do Ministério da Saúde é superior a 346% considerando as três esferas de governo.

Para a AGU, o maior problema da utilização excessiva do Poder Judiciário para a obtenção de medicamentos e insumos garantidores do direito à saúde é o gasto desordenado do Poder Público para o cumprimento das ordens judiciais. Outros problemas, talvez um tanto menores, são a inobservância dos princípios norteadores do sistema de saúde, quais sejam, o da descentralização, o da universalidade e o da integralidade, que impedem a fiscalização efetiva e a impossibilidade da fiscalização pela rede pública de saúde da adequada utilização do bem obtido.⁵³

⁵¹ Ibidem.

⁵² ⁵² **Intervenção judicial na saúde pública.** Advocacia Geral da União – consultoria jurídica. Disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa-2012-modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 26/02/2018, às 22h09. P. 05/06.

⁵³ Ibidem.

No entanto, esse não seria o maior dos problemas. Outros riscos mais relevantes seriam a questão da legitimidade democrática, pois os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo (como ocorre em qualquer sistema democrático com os membros dos Poderes Executivo e Legislativo), tendo a responsabilidade política de delimitar o alcance das normas constitucionais ainda carentes de adequada interpretação⁵⁴. Além disso, sobressaem os riscos de politização da Justiça⁵⁵, pois o Direito não é e nem poderia ser política, mas sim um instrumento de legitimação, um instrumento da dignidade, da ética e da justiça; o risco de efeitos sistêmicos⁵⁶, o que se traduz na precária capacidade de previsibilidade consequencial de determinadas decisões judiciais, isto é, o impacto social e econômico de decisões judiciais proferidas repetidamente em ações de microjustiça, geralmente retratadas nas decisões proferidas em tutelas individualizadas concessivas de tratamentos de saúde cujo custo seja desproporcional ao suportado pelo sistema.

A longo prazo, a judicialização das políticas públicas pode provocar o efeito do enfraquecimento do processo democrático, em razão de sucessivas revisões constitucionais pelo Poder Judiciário, cujos membros não foram eleitos por votos majoritários da população a quem representa, ofuscando a vontade das maiorias representadas por membros eleitos dos Poderes Executivo e Legislativo, o que tornaria os atos do Judiciário contramajoritários.⁵⁷ Barroso refuta esse argumento e sustenta que o legislador Constituinte Originário atribuiu ao Poder Judiciário o mecanismo do controle de constitucionalidade inclusive com a utilização de termos vagos e imprecisos para que fossem interpretados e delimitados em cada caso concreto, conforme a necessidade protetiva pelo Poder Judiciário. A isto, complementa que ao Judiciário compete estabelecer as regras da democracia mediante a limitação do poder com a garantia dos direitos fundamentais (que é o cerne do constitucionalismo) por meio da representatividade popular (que é a democracia). Com isso, a democracia será resguardada mediante a promoção dos valores constitucionais o que contribui na superação do déficit de legitimidade eventualmente observado nos demais Poderes.⁵⁸

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 18. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 03/03/2018, às 14h07.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ RIBAS, Giovanna Paola Primor. FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A judicialização de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal**. p. 47. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>>. Acesso em: 04/03/2018, às 10h26.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 04/03/2018, às 10h46.

Importante ponderar que a atuação estatal por meio de institutos proativos como a judicialização de políticas públicas ou o ativismo judicial é inicialmente calculada como exacerbada tendo em vista a histórica atuação passiva do Poder Judiciário sob a égide de outras constituições vigentes em momentos políticos e históricos completamente distintos dos atuais, mas não resultaram da intenção de autopromover o trabalho deste Poder, ou de se criar qualquer tipo de dependência entre a atuação dos demais Poderes à prévia chancela pelo Judiciário, tampouco de criar um modelo de atuação “juriscêntrica”; Na realidade, resulta da mera atuação constitucional do Judiciário, que apenas se limitou a cumprir seu papel constitucional por ser, seu Órgão Supremo, o guardião da Constituição Federal.⁵⁹

2.2 O atual Poder Judiciário como garante do desenvolvimento humano

A Constituição Federal enumerou um extenso rol de direitos fundamentais e alguns outros que não são diretamente fundamentais, mas são assim considerados em razão de sua importância jurídica e imprescindibilidade à manutenção do ser humano como indivíduo e como sociedade, dentre os quais se aloca o direito à saúde.

Assim é o direito à saúde: não é um direito diretamente fundamental, pois não consta dentre aqueles contidos no art. 5º da Constituição, sendo, tecnicamente, um direito social. Apesar disso, é o principal meio para se conferir o direito à vida que, este sim, é diretamente fundamental, não sendo possível a garantia deste sem a anterior garantia daquele. Essas garantias configuram limitações aos poderes governamentais, que tem o dever de atender às necessidades mínimas dos cidadãos.

Na hipótese de este direito não ser espontaneamente conferido pelo Estado, é possível que os titulares do direito o exijam tendo por instrumento o próprio Poder: diante da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em traçar hipóteses concretas para a concessão do direito, é permitido ao Judiciário intervir, mediante provocação do interessado, conferindo ao titular do direito aquilo que lhe havia sido tolhido pela ação ou omissão dos outros Poderes. A forma de provocação do Poder Judiciário é variada conforme o objeto garantidor da saúde, o prazo que o titular dispõe, a situação de seu direito frente aos Poderes Executivo e Legislativo, podendo ser através da via do mandado de segurança, mandado de injunção, ação ordinária, ação coletiva, ação cautelar, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, entre outras, não sendo possível enumerar todas as hipóteses em razão

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 14. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 02/03/2018, às 16h11.

de cada caso concreto. O que se pretende revelar é que o Legislador Constituinte Originário, antecipando o receio de possível descumprimento das normas constitucionais pelos administradores do Poder, inclusive as programáticas, optou por criar alguns meios para que os titulares desses direitos, que são a fonte de todo o poder, pudessem concretiza-los independentemente da conduta dos governantes, utilizando-se, para isso, da própria estrutura do Estado.

Figuras como o ativismo judicial, de caráter democrático e que retira do Poder Judiciário o caráter passivo e a inércia que historicamente acompanha seu desenvolvimento e como a judicialização de políticas públicas, que pode ser vista como uma espécie de reflexo da estatística do desempenho negativo dos atos governamentais sobre o direito à saúde demonstram, claramente, a necessidade de adequação do direito, que deve acompanhar as necessidades sociais e individuais sem apego a normativas e princípios defensivos do Estado e que obstem, por qualquer forma, direitos fundamentais garantidores do mínimo existencial e, em especial, da dignidade da pessoa humana.

Os três Poderes, como partes da soberania do Estado que dividiu as atribuições de governo para melhor administrar, constituem um sistema de freios e contrapesos relativamente eficaz, eis que a soberania do Estado não autoriza a existência de que outro tipo de poder – senão exclusivamente esses três – a proferir ordens, fiscalizar a governança e cuidar do orçamento para que as finalidades constitucionais sejam cumpridas.

O Poder Judiciário, como membro do poder soberano do Estado, tem a atribuição de fazer cumprir situações pontuais que não estejam sendo devidamente observadas pelos demais Poderes, membros do mesmo poder soberano.

Lado outro, é sabido que os Poderes Executivo e Legislativo são compostos por cidadãos eleitos diretamente ou por meio de representantes do povo, o que significa que seus atos e suas escolhas, no âmbito das escolhas possíveis e cabíveis à Administração Pública, retratam a escolha dos próprios usuários do sistema da rede pública de saúde como reflexo direto da democracia que fundamenta o sistema. Essa situação não se verifica no âmbito do Poder Judiciário, em que a escolha dos membros não deriva da irradiação do princípio democrático.

Porque a representatividade no sistema de governo democrático tem se mostrado avessa às expectativas dos titulares do direito à saúde, tem sido corriqueira a busca por amparo no Poder Judiciário, ainda que seus membros se distanciem, tecnicamente, da representatividade política que detém os Poderes Executivo e Legislativo.

No momento quando o Poder Judiciário é instado por titulares do direito à saúde, é dever que se manifeste inclusive por meio da fiscalização dos trabalhos dos demais Poderes, todos face da mesma soberania, para que sejam efetivados os direitos normatizados e olvidados pelos responsáveis. Com isso, faz-se absolutamente legítima (e democrática) a atuação do Poder Judiciário diante dos titulares do direito à saúde que eventualmente se sintam preteridos pela forma de funcionamento do sistema.

A partir de quando o Poder Judiciário assume o seu papel constitucional de destinatário da confiança do legislador constituinte originário, conclui-se que institutos como o ativismo judicial, judicialização de políticas públicas e todos os outros meios de implementação do direito à saúde são, na realidade, concretizações da crença constitucional na ampla e zelosa atuação desse Poder quando constatadas atuações lacunosas dos outros Poderes.

A consequência da inércia ou da ineficiência da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em relação à efetivação do direito à saúde é o impedimento a que o titular desse direito tenha pleno acesso ao seu desenvolvimento humano.

Como discorrido no capítulo primeiro, o desenvolvimento humano é caracterizado pela possibilidade de o cidadão gozar de sua liberdade ao máximo que lhe aprouver, para se desenvolver em todos os campos de atuação que pretender para ser aquilo que sua vontade interna lhe indique que seja, sem que limitações externas como o desemprego, os imprevistos econômicos, a subnutrição e, especialmente, a falta de saúde física, psicológica, psiquiátrica representem óbices concretos aptos a alterar o curso de sua vida.

É cediço que quando o Poder Público confere aos titulares o direito à saúde apenas a saúde repressiva, ou seja, confere acesso parcial ao direito à saúde omite-se, em contrapartida, em relação ao aspecto preventivo desse direito, o que certamente contribui para que parcela da população se contamine com moléstias que poderiam ter sido evitadas mediante a adoção de medidas sanitárias adequadas antecipatórias do possível diagnóstico. Essas medidas preventivas evitariam a proliferação de moléstias em usuários da rede pública de saúde que sobrecarregam o sistema em busca do tratamento repressivo – que poderia ter sido evitado.

De outro prisma, conferir a esses titulares apenas o aspecto preventivo do direito à saúde, com a adoção de medidas sanitárias e de higiene adequadas ao combate de determinadas moléstias também não é capaz de conferir o pleno acesso à saúde, haja vista que o aspecto repressivo ficará defasado e nem todas as moléstias podem ser completamente evitadas apenas por meios preventivos. Assim, menor parcela populacional seria contaminada por doenças determinadas, mas não encontraria, na rede pública de saúde, a cura para o mal.

O titular do direito à saúde que se vê contaminado por qualquer moléstia permanece impedido de realizar suas tarefas cotidianas e de continuar a desenvolver-se em todos os aspectos desejados enquanto não cessado o mal e todas as limitações que impõem. Isso retrata uma suspensão temporária às liberdades humanas e, por conseguinte, ao pleno desenvolvimento humano.

Adequado é que ambos os aspectos desse direito fossem igualmente conferidos e com a qualidade adequada aos fins a que destina, qual seja, a ampla garantia do direito à saúde, pois a manutenção da saúde é o principal elemento a permitir o gozo da liberdade ilimitada da pessoa.

A falha na prestação dos serviços de saúde pelos Poderes inicialmente responsáveis à essa realização induz os interessados a buscar amparo no Poder Judiciário, mediante a utilização de qualquer dos instrumentos judiciais que tenham o condão de fazer cumprir seus direitos.

A partir do momento quando essas ações são acolhidas, são reconhecidas três premissas: 1) o direito da parte autora em obter a prestação almejada; 2) o dever do Estado em conferir o objeto “saúde” àquele cidadão; 3) a falha na prestação do serviço público de saúde pelos Poderes responsáveis.

A situação não transfere a obrigação de cumprimento ao Poder sentenciante em razão da ausência da respectiva competência constitucional, mas permite com que reconheça oficialmente a falta de cobertura do sistema público de saúde à situação específica relatada nos autos e determine prazo para que os responsáveis cumpram suas obrigações, sob pena de cominação de determinadas medidas processuais coercitivas contra o ente federativo requerido.

O polo ativo dessa demanda permaneceu inerte no aguardo do reconhecimento judicial da preterição de seu direito para, somente após, tê-lo garantido através da incidência de meios coercitivos judiciais. Nesse lapso, a possibilidade de majoração da debilitação inicialmente constatada é alta, mas os tratamentos e insumos requeridos em geral são fornecidos em prazo razoável (contado a partir da condenação, ainda que em caráter antecipatório) sendo, na densa maioria dos casos, prestações ainda úteis aos titulares do direito.

A utilização dos meios garantidores da saúde pelos autores de demandas judiciais permite reativar o gozo de suas liberdades humanas como a liberdade de estudar, de trabalhar, de alimentar-se, de praticar esportes e todas as demais das quais eventualmente esteve tolhido pela precariedade de sua saúde.

A recuperação do bem da vida “saúde” através da provocação e atuação do Poder Judiciário é o que basta para conferir ao titular desse direito o seu amplo e ilimitado desenvolvimento em decorrência da eliminação de um fator externo limitador da realização da vontade humana, o que torna possível visualizar o Poder Judiciário como um garante do desenvolvimento humano.

Nesse contexto, malgrado seja a competência constitucional de conferir os meios e tratamentos à garantia e manutenção do direito à saúde dos Poderes Legislativo, no que tange às normas programáticas, e do Executivo, em relação à forma de realização e organização do material técnico, humano e orçamentário necessários, a participação do Poder Judiciário tem sido notória em razão da excessiva propositura de demandas com o objeto “saúde” contra o Poder Público bem como em razão da adoção de condutas ativistas de muitos dos magistrados, que reconhecem a precariedade global do sistema de saúde diante da peculiaridade das necessidades apresentadas

CAPÍTULO 3 PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: O ORÇAMENTO PÚBLICO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

3.0 O conceito e a natureza jurídica da “reserva do possível”: aspectos históricos e sua incidência no direito brasileiro

A reserva do possível é uma ideia muito difundida em se tratando de direitos prestacionais do Estado, quais sejam, direitos sociais. No geral, é encontrada em decisões de processos em que se discute o dever de o Estado fornecer prestações positivas a seus usuários, como o direito à moradia, à segurança, à alimentação, à saúde, dentre outros enumerados no artigo 6º da Constituição Federal¹, sendo o principal argumento de defesa utilizado por todas as esferas estatais em ações que veiculam prestações contra o sistema público de saúde.

É matéria árida a se abordar em razão da falta de objetividade com que é trata pela doutrina e pela jurisprudência, bem como em relação à falta de uniformidade em sua conceituação e dificulta uma adequada padronização na sua forma de incidência nas relações jurídicas, tornando-o um instituto de aplicação relativamente atécnica.

Em perfunctória análise da doutrina e da jurisprudência, observa-se que o instituto é denominado por alguns como “cláusula da reserva do possível”, como “tese da reserva do possível” por outros, por “princípio da reserva do possível”², por “teoria da reserva do possível” e, em alguns casos, apenas como “reserva do possível”, omitindo-se sobre sua provável definição científica.

Cabe analisar os termos sugeridos pela doutrina e jurisprudência para que não restem dúvidas sobre o descabimento de cada um deles.

O termo “princípio” designa o indicador de um sistema valorativo das normas, mandamentos de valores sociais que podem constar em normas expressas ou não e têm a finalidade de permitir a ponderação na incidência das regras. Para Alexy, os princípios detêm uma carga de abstração e generalidade que permite sua incidência como um catalisador normativo. Os princípios seriam “mandamentos de otimização” que elastecem a aplicabilidade da norma conforme cada caso. Com isso, os princípios podem incidir em maior ou menor grau, ponderado pelos valores sociais sob análise:

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

² José dos Santos Carvalho Filho entende tratar-se de “princípio”. In: CAVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Poderes e deveres dos administradores públicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 43.

los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. (...)

El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral.³

Também não é possível encarar a reserva do possível como regra, por não estar normatizada na legislação constitucional ou infra como determinação clara e expressa do legislador Constituinte Originário ou do legislador ordinário.

A denominação “cláusula” é utilizada dentro do direito negocial, seja público ou privado, para indicar os artigos regentes da negociação.

O termo “teoria” indica hipóteses que apresentam graus diversos de sistematização e credibilidade, que devem ser submetidas a análises diversas para a constatação da verdade ou falsidade da premissa apresentada.

É possível concluir que a “reserva do possível” não pode ser classificada como um princípio por não conter em sua essência nenhum valor moral que eventualmente conduzisse à otimização da incidência de determinada regra. Ainda, não é possível seja classificada como cláusula, por não observar sua incidência em um campo do aspecto negocial; tampouco é classificável como teoria, por não ser aplicável a obtenção de conclusões falsas ou verdadeiras diante de hipóteses propostas.

A mesma constatação é obtida da análise jurisprudencial⁴ através de pesquisa das referidas nomenclaturas nos sites do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em que a primeira denominação é indicada em 10.076 decisões monocráticas e 172 acórdãos no primeiro Tribunal e em 35 acórdãos no segundo Tribunal, além de 01 documento em sede de repercussão geral.

O termo “tese da reserva do possível” é apontado em 19.027 decisões monocráticas no primeiro Tribunal, além de 205 acórdãos e, no segundo Tribunal, ocorre em 29 documentos, sem nenhuma acusação em sede de repercussão geral.

³ ALEXY, Robert. **Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón practica**. IV Jornadas Internacionales de Logica e Informática Jurídicas. San Sebastian. Setembro, 1988. p. 143-144. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em: 24/03/2018, às 19h34.

⁴ Análise quantitativa realizada em 25/03/2018 nos sites do Supremo Tribunal Federal e no site do Superior Tribunal de Justiça.

O termo “princípio da reserva do possível” é apontado em 27.481 decisões monocráticas no primeiro Tribunal além de 399 acórdãos e, no segundo Tribunal, em 92 documentos.

O termo “teoria da reserva do possível”, por sua vez, é indicado em 4.194 decisões monocráticas no primeiro Tribunal, bem como em mais 93 acórdãos e, no segundo Tribunal, em apenas 42 acórdãos.

Por fim, o termo genérico “reserva do possível” é encontrado em 43.597 decisões monocráticas e 913 acórdãos no Superior Tribunal de Justiça e em 140 acórdãos e mais 02 decisões em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Observou-se que parte das decisões adotava mais de uma classificação para a reserva do possível⁵ talvez como uma maneira de esclarecer justamente a ausência de sistematização ou de estudos mais aprofundados a permitir um mínimo de uniformidade sobre o instituto.

Enfim, a dificuldade técnica de sistematizar a natureza jurídica da “reserva do possível”, sua causa, sua consequência e os efeitos advindos de sua aplicação ou não impedem que o instituto possa ser adequadamente adotado, o que eleva o grau de incerteza e insegurança jurídicas no que tange ao direito à saúde.

Ultrapassado esse primeiro campo de penumbra, é preciso contextualizar o momento histórico em que emergiu o conceito de “reserva do possível”.

Esse preceito originou-se com o julgamento proferido em 18.07.1972⁶ pela Corte Suprema da Alemanha (BVerfGE 33, 303)⁷ quando um cidadão ingressou com uma ação individual para que lhe fosse garantida uma vaga no curso superior de medicina em universidade pública, uma vez que a demanda era maior do que a oferta de vagas⁸ e foi necessário ao Estado estabelecer limitações absolutas de admissão⁹. Com isso, a Corte Suprema foi provocada a se manifestar sobre a compatibilidade entre as normas estaduais que restringiam o acesso ao ensino superior e a Constituição alemã, que previa o acesso à

⁵ Por se tratar de grande quantidade de acórdãos apontados pelo sistema de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a estatística sobre o número de acórdãos que abordava mais de uma classificação para a “reserva do possível” e quais seriam essas classificações não foi realizada, tendo sido analisados alguns acórdãos por amostragem.

⁶ FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 31/03/2018, às 11h54.

⁷ CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e efetividade dos direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 166.

⁸ Ibidem.

⁹ FALSARELLA, Christiane. Op. Cit.

educação¹⁰. O argumento era o de que “(...) o direito fundamental à liberdade profissional é amplo, abrangendo não só o direito de escolher a profissão e o local de trabalho como também o direito de escolher o local de formação profissional.”¹¹. Essa situação de limitação de acesso afetaria a escolha do local da formação profissional do cidadão e a própria escolha da profissão a seguir, pois poderia ser decisivo na modificação da escolha original do candidato.¹² Nesse contexto, a Corte Suprema debruçou-se a analisar a capacidade estatal em conceder o objeto pleiteado frente ao crescimento populacional detectado à época e constatou que o Poder Público estava cumprindo com suas obrigações constitucionais dentro de um limite exigível considerando-se a proporção entre os direitos que eram fornecidos pelo Estado e o número de cidadãos a quem era proporcionado o gozo desses direitos – no caso, o direito à educação de ensino superior. Essa otimização do direito à educação, que é a prestação do serviço com o melhor custo-benefício para atingir o maior número de usuários, deve ocorrer nos limites do orçamento público destinado a essa finalidade.

Referida Corte julgou a ação improcedente por entender que o Estado não teria a obrigação constitucional de custear, indiscriminadamente, todo e qualquer direito fundamental ou social pleiteado por cidadãos desde que comprovasse que, diante dos recursos públicos disponíveis, estaria conferindo a mais ampla abrangência e efetividade aos direitos reivindicados em juízo.¹³

Sobre a questão econômica dos direitos, os julgadores alemães discorreram que “Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.”¹⁴

No Brasil, o aspecto conjuntural da gênese da “reserva do possível” foi reduzido ao mero aspecto econômico, pois esse preceito tem sido indiscriminadamente suscitado em ações individuais ou coletivas cujo objeto seja um direito prestacional, como o direito à saúde, no sentido de que o Estado não disporia de verbas suficientes à realização daquilo que é pleiteado em juízo. Argumentos como o que o objeto almejado não se constituiria em um direito tutelável pela via judicial, ou mesmo que o direito objeto da demanda já estaria sendo

¹⁰ OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível**. Dissertação de mestrado Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2003. P. 203. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs>>. Acesso em: 31/03/2018.

¹¹ FALSARELLA, Christiane. Op. Cit.

¹² Ibidem.

¹³ MACHADO, Antonio Alberto. **Elementos de teoria dos direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017. p. 115.

¹⁴ SCHWABE, Jüngen *apud* FALSARELLA, Christiane. Op. Cit.

prestado da melhor forma e com o melhor custo-benefício aos usuários do sistema público de saúde sequer são levantados pelas procuradorias.

Barcellos classifica a reserva do possível como fática, sendo aquela relacionada à existência de reserva de recursos financeiros, e a reserva do possível jurídica, como aquela relativa à existência de previsão orçamentária para a despesa.¹⁵

A esses dois aspectos levantados, Sarlet levanta um terceiro, que “envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade”, que devem ser considerados ao lado do aspecto econômico.¹⁶

Sobre a reserva do possível fática, Eros Grau entende que somente será verificada quando, diante da preservação de recursos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos, ainda exista lastro em caixa. Os valores destinados à manutenção de serviços públicos e direitos sociais não devem ser contabilizados para a aferição de disponibilidade financeira do Estado.¹⁷

Os Tribunais, por sua vez, em geral esquivam-se de esmiuçar o tema, razão pela qual não se tem um acórdão em que o magistrado discorra, por exemplo, sobre qual seria a natureza jurídica mais adequada ao instituto, ou mesmo quais as condições fáticas, jurídicas e econômicas em que seria aplicável respeitado o aspecto histórico de sua criação. Explica-se: malgrado existam, quantitativamente, muitos julgados que abordem o direito à saúde sob a ótica da “reserva do possível”, nenhum se arrisca a arrematar a problemática tecida, limitando-se apenas a indicar que esse preceito não pode ser utilizado como instrumento para ceifar vidas através da ineficácia do direito social analisado, consoante se extrai do excerto de autoria do Ministro Celso de Mello, na ADPF 45:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A ausência de cientificidade do termo impede sua utilização padronizada dentro das margens da ciência do direito, dentro de margens objetivas aptas a introduzir seu conceito e seus fins no direito brasileiro diante da lacuna remanescente quanto ao seu escopo deôntico.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 276.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 31/03/2018, às 12h50. P. 11.

¹⁷ Ibidem.

Essa conclusão pode ser facilmente aferida quando se observa que, em sua primeira aplicação – no caso da garantia do direito à educação de nível superior na Alemanha – a Corte Suprema utilizou a “reserva do possível” claramente como uma valoração social norteadora da proporcionalidade e da razoabilidade (o que indica sua natureza de princípio) enquanto no Brasil o mesmo postulado foi levantado como um limitador da concretização de direitos fundamentais¹⁸ ou como uma forma de controle do orçamento público¹⁹.

É evidente a deturpação da essência desse postulado quando nacionalizado sem raízes, sem passado e sem futuro, representando um instituto – seja princípio, norma, teoria, cláusula ou afins – legitimador da miséria humana, capaz de elevar a questão orçamentária em detrimento de pedidos referentes à saúde e, em maior grau, ao direito à vida e à dignidade humana. Essa crítica também é tecida por Vidal Serrano, para quem “as condições jurídico-positivas nas quais a teoria nasceu não se reproduzem no Brasil”.²⁰ Para ele, a nacionalização desse tipo de postulado deveria considerar as vicissitudes culturais brasileiras pois

A definição do que, em determinado momento, pode-se exigir da sociedade, uma vez atendidos os direitos públicos subjetivos e respeitado o mínimo vital, só pode ser sopesado à luz das condições socioeconômicas de cada país e das disponibilidades orçamentárias existentes.²¹

Nesse sentido, a doutrina esclarece que quando os tribunais superiores invocam a “reserva do possível” para negar direitos fundamentais em razão da ausência de recursos financeiros suficientes fixam o entendimento de que o direito à vida seria o direito máximo que não se poderia comparar com questões menores, como a questão orçamentária.²² Calciolari aduz que a utilização da reserva do possível representa mais um “(...) critério de proporcionalidade do que a imposição de um critério fático de impossibilidade. No Brasil, o sentido aplicado à reserva do possível é bem outro, muito mais próximo do que hoje já se chama de reserva do financeiramente possível, ligado intimamente com a temática de reserva orçamentária.”²³ Olsen explica que a provável razão disso é que a jurisprudência brasileira teria adotado a leitura da teoria alemã da forma como interpretada por Gomes Canotilho:

O português Canotilho vê a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” e aponta sua dependência dos

¹⁸ ADPF 45 MC/DF. Julgado em 29/04/2004. Relator Ministro Celso de Mello.

¹⁹ CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas**. Disponível em <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 27/03/2018, às 21h33.

²⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988**: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 172

²¹ Ibidem, p. 195.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013. p. 79.

²³ CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e efetividade dos direitos sociais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 168.

recursos econômicos. A elevação do nível de sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação do tópos da jurisprudência constitucional alemã (...) que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.²⁴

Evidentemente, mais adequado seria que a “reserva do possível” tivesse sido acolhida consoante suas razões fundantes, observada sua natureza valorativa e seu contexto de proporções e sopesamentos sociais entre o direito daquele que reclama e o dever daquele que presta. Atualmente, a “reserva do possível” no contexto brasileiro não significa nada além de um valor social oriundo do direito estrangeiro cujas fundações e objetivos diferem completamente daqueles observados nos casos em que são suscitadas em processos judiciais domésticos – seja para acolher seja para afastar sua incidência – tornando-o, na realidade, uma premissa processual materialmente inválida.

3.1 Da teoria do custo dos direitos

Tendo por ponto inicial deste Capítulo a “reserva do possível” é necessário traçar um paralelo ideológico com a teoria do custo dos direitos para que, ampliando o campo de reflexão, possamos enfrentar melhor a problemática posta.

Essa teoria será enfrentada a partir da “reserva do possível” sob a ótica e aplicação brasileiras, com a exclusão de seu sentido de ponderações e sopesamentos por não ser esta sua forma de incidência no direito brasileiro. Ainda, é preciso ter em mente que essa teoria apresenta cunho eminentemente capitalista e vincula a possibilidade de um direito garantidor do mínimo existencial à capacidade orçamentária, o que nem sempre se aplica em razão de o Brasil adotar um modelo assistencialista de governo a partir da década de 1980 e, posteriormente, um governo neoliberal com investimentos em políticas sociais que surtiram efeitos relativamente positivos.

Como evidenciado pela “reserva do possível” à brasileira, os direitos fundamentais – que representam deveres estatais – devem ser garantidos observadas as limitações financeiras existentes, com o escopo de se obter o melhor custo benefício nas escolhas públicas.

²⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 223.

Nesse ínterim, comprovada a escassez orçamentária do ente público, o limite do que seria razoável exigir seria aquilo que representasse a maior possibilidade de elastecer a abrangência do parco orçamento, atingindo a maior quantidade de destinatários, conferindo-lhes dignidade nos limites do orçamento público.

Em relação ao direito à saúde, essa teoria vem justificar a forma de incidência da “reserva do possível”, pois a medida do que é efetivado ou não pelo Estado não pode ser analisada unicamente pelo viés prestacional do mero dever do Estado, mas deve ser pautado no contraponto da capacidade econômica do Estado para quem a cada direito compete um determinado custo.

O fato de a Constituição Federal classificar o direito à saúde como fundamental não significa que todas as prestações almejadas por seus titulares deverão cumpridas pelo Estado indiscriminadamente. Cada direito apresenta determinado custo não apenas para a aquisição de materiais e insumos (como luvas cirúrgicas, macas, bisturi, produtos para esterilização de todo o material, alimentações específicas para os pacientes, entre outros), mas o custo para sua manutenção (folha de pagamento de funcionários qualificados e custos como de fornecimento de rede de água e esgoto, energia elétrica, manutenção predial, manutenção de ambulância, entre outros), o custo de entrega do bem ao usuário final (preço do transporte de todos os materiais do fornecedor até o consumidor final, manutenção de postos de saúde onde são feitas as entregas de produtos como alimentação enteral e parenteral, fraldas, medicamentos de baixo, médio e alto custo), além do custo para o descarte daquilo que não foi utilizado (o descarte de material orgânico como alimentos estragados ou dejetos humanos de cirurgias diversas, o descarte de seringas, de medicamentos que atingiram seu prazo de validade, etc) em locais apropriados para evitar a contaminação do meio ambiente (água, solo e ar). Todos esses itens compõe o orçamento direto e indireto do Poder Executivo para o cálculo do custo efetivo do direito à saúde, sendo irrelevantes, *a priori*, ao Poder Judiciário quando da análise de pleitos judiciais, que consideram, no geral, somente os custos imediatos (ou diretos) com a aquisição de instrumentos garantidores do bem da vida.

Esses custos destacados podem ser denominados de custos secundários, indiretos ou reflexos do direito à saúde e devem ser contabilizados em conjunto com os custos diretos.

Assim, as decisões judiciais devem pautar-se não apenas no direito alegado pela parte, mas nas possibilidades econômicas de o Estado arcar com esse direito bem como se as premissas efetivadas pelo Poder Executivo sobre a saúde cumprem o mandado de otimização

representado pelo princípio da reserva do possível²⁵ e, em caso positivo, o pleito judicial deveria ser julgado improcedente por configurar objeto que extrapola as margens daquilo que razoavelmente pode ser exigido do Estado. As margens em que se deve pautar esse tipo de julgamento devem ser analisadas “(...) com repugnância à malversação de recursos do erário, à megalomania no atendimento individualizado de demandas desarrazoadas e à tantas vezes criminosa inatividade estatal.”²⁶.

A precariedade de recursos do Estado é uma situação sabida e motivadora das escolhas da Administração Pública, pois diante da escassez de recursos e da abundância de demanda em todas as esferas prestacionais (saúde, educação, segurança pública, transporte, maternidade, alimentação, moradia, entre outras), ao administrador público cabem apenas escolhas representativas da urgência momentânea da coletividade. A escolha pela destinação de verba à efetivação de determinado direito implica, necessariamente, na escolha à ausência de verba suplementar à efetivação de outro determinado direito. Este mecanismo de exclusão é denominado de “opção trágica” ou *trade-off*²⁷.

A todo direito cabe a análise das possibilidades mínimas de efetivação pois o aspecto do dever-ser da norma encontra como limitador a questão orçamentária do Estado na sua realização. Tratar os direitos com seriedade nada é senão reconhecer a escassez dos recursos públicos.²⁸

Sobre decisões judiciais a respeito do direito à saúde, Heinen entende que “Se a escassez de recurso é notória (...), a decisão judicial nada mais faz do que escolher quem será ou não atendido e quem será ou não excluído, criando um privilégio jamais encontrado na Constituição.”²⁹ Esse tipo de opção pode ser adotada apenas no âmbito coletivo dos direitos, eis que não configuraria privilégios anti-isonômicos; no âmbito do direito à saúde discutido em pleito judicial individual, a concessão do direito caracterizaria, consoante a teoria do custo dos direitos, desigualdade não amparada pela Constituição, pois a postulação judicial da saúde não faz erigir o *discrímen* justificador.

²⁵ Neste momento, o postulado da “reserva do possível” é utilizado em sua função axiológica, em que o valor social “saúde” é trazido à ponderação.

²⁶ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção dos Estados e estrutura da administração**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 611.

²⁷ HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista**: uma opção trágica. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 29/03/2018, às 15h29. Apud CALABRESI, Guido, et BOBBIT, Philip. **Tragic Choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources**. New York/London: W. W. Norton & Company. 1978.

²⁸ GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 210.

²⁹ HEINEN, Juliano. Op. Cit.

Sustentar a ideia da maior distribuição possível de direitos é ineficaz quando o maior óbice é o econômico. Mais adequada seria a análise do direito à saúde sob a ótica do ótimo de Pareto: é possível decisões judiciais concessivas do direito à saúde na esfera individual de direitos sempre que não implicar na redução de direitos alheios, provocando o resultado da máxima eficiência coletiva desse direito.³⁰

Contudo, é cediço que essa possibilidade retrataria um mundo ideal que não é aquele onde a teoria do custo dos direitos pode ser facilmente aplicada.

Na realidade, essa teoria foi trazida à discussão para indicar que, por mais essencial que seja o direito à saúde e por mais premente que seja a necessidade de gozo desse direito por seu titular, o Estado brasileiro tem sua economia baseada no sistema capitalista – em maior ou menor grau – e a cifra a ser despendida pelo Estado para sua efetivação deve sim ser considerada ao lado do número de titulares a serem atingidos pela política pública, sob pena de o erário ser indevidamente onerado para a garantia do direito social a um único cidadão, o que conservaria a ineficácia do direito social tutelado mesmo diante de altos gastos públicos.

3.2 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

O núcleo fundante da “reserva do possível” foi o ajuizamento de pedido de garantia do direito à educação na Alemanha da década de 1970, quando a procura pelo curso de medicina ofertado pelo Estado era alta e foi necessária a imposição de regras de limitação absoluta de ingresso para a manutenção do gozo do direito à educação.

Nessa oportunidade, a Corte Suprema entendeu que, apesar da limitação de ingresso de novos estudantes, isso não feria o direito social pois o Estado cumpria o seu papel de garantidor desse direito, através da adequada delimitação de políticas públicas eficientes bem como por meio dos investimentos necessários à sua concretização, sendo despidendo que o Estado garantisse, por meio da tutela individual, direitos que já eram conferidos da melhor maneira à coletividade. Nesse contexto, concluiu que as políticas públicas eram proporcionais e razoáveis aos fins a que se destinavam – ainda que restritivas do ingresso de estudantes – tendo por base o crescimento demográfico verificado na época, o orçamento público destinado à educação e os resultados práticos obtidos (alta taxa de cidadãos graduados), o que permitia concluir pela efetividade do direito.

³⁰ GALDINO, Flávio. Op. Cit. P. 243.

O princípio da reserva do possível, no contexto germânico, levanta a questão da proporcionalidade e da razoabilidade como pressupostos que devem ser detalhados para que seja possível a compreensão das razões comprovadoras da assertiva de que a incidência desse postulado, no Brasil, não segue, na densa maioria dos julgados, seus reais fundamentos de existência.

Ambos os princípios detêm uma proximidade semântica significativa mas que não permite concluir por sua coincidência axiológica.

3.2.0 Do princípio da razoabilidade

A razoabilidade traduz-se naquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam apresentar-se de forma diversa.

A doutrina entende que o princípio da razoabilidade tem sua gênese na garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão.³¹ Barroso indica que sua origem seria na Magna Charta de 1.215, na cláusula *law of the land*, que com o decorrer do tempo provocou o desenvolvimento do constitucionalismo.³²

Em lei do Parlamento inglês de 1.354, a expressão *due process of law* tinha natureza assecuratória meramente processual e foi nesse contexto que sobreveio a cláusula que foi adotada por algumas colônias britânicas do Novo Mundo em suas declarações de direitos (*Bill of Rights*), ainda antes da formação da federação norte-americana. Após a guerra civil de 1.861 a 1.865, foi consolidada a Declaração de Direitos e a cláusula do *due process of law* ganhou destaque ao ser alocada nas Emendas V e XIV, em paralelo ao princípio da isonomia.³³ A importância conferida a essa cláusula permitiu com que se desenvolvesse no aspecto adjetivo (processual) e também no aspecto substantivo (material), como um instrumento de defesa dos direitos individuais contra o arbítrio do Poder Legislativo e contra a discricionariedade governamental. Assim, a cláusula do *due process of law* instiga ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas e dos atos públicos de forma genérica.³⁴

³¹ PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. P. 07. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21264-21265-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23/04/2018, às 21h43.

³² BARROSO, Luis Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 154.

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Apud PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. p. 07. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21264-21265-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23/04/2018, às 22h07.

³⁴ *Ibidem*. P. 8.

Na atual Constituição, observa-se que o princípio do devido processo legal foi inicialmente atrelado à esfera penal, como nos incisos XXXVII e LIII³⁵ (princípio do juiz natural), XXXIX e XL³⁶ (irretroatividade da lei penal), XLV e XLVI³⁷ (princípio da personalização e individualização da pena), todos do art. 5º, sendo posteriormente transportado à esfera cível em especial por meio da jurisprudência constitucional brasileira.³⁸

Sobre sua origem, Barroso explica que há duas linhas de raciocínio sobre o princípio da razoabilidade: a primeira indica que o teste de razoabilidade deve ser aplicado em toda situação cuja análise é levada ao conhecimento Constitucional, o que indica que esse princípio tem caráter constitucional. Essa vertente indica que o princípio da razoabilidade derivaria do direito alemão, como um princípio implícito ao sistema do Estado de direito. Lado outro, uma segunda linha de raciocínio conecta o princípio da razoabilidade ao do devido processo legal e sua exigibilidade advém do caráter substantivo conferido ao segundo princípio, que é explícito na Constituição Federal; aqui, a influência norte-americana da natureza e aplicabilidade desse princípio é evidente.³⁹

Esse princípio tem por limites os princípios da legalidade e o da finalidade, pois a razoabilidade deve pautar-se nas margens de discricionariedade dadas pela lei, pois conferem o pressuposto de validade da conduta do administrador. Na hipótese quando o administrador utiliza o princípio da razoabilidade tendo por fundamento um interesse privado, alheio aos interesses públicos, deixa de cumprir o princípio da finalidade e, da mesma forma, deixa de atender também aos princípios da moralidade ou da impessoalidade.

Guerra Filho assume a semelhança existente entre princípio e o da proporcionalidade (a seguir delineado) mas afirma algumas particularidades a respeito da origem e da destinação de cada um. O princípio da razoabilidade teria uma função negativa, o que significa a proibição de ultrapassar os limites do juridicamente aceitável. Ainda, Aziz Cretton afirma que a aplicação da razoabilidade exige um alto teor de racionalidade além da necessidade do exame da correlação entre meios e fins.⁴⁰

³⁵XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

³⁶XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

³⁷XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

³⁸ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Op. Cit.

³⁹ Ibidem, p. 10.

⁴⁰ Ibidem, p. 12.

Para Ávila, a razoabilidade apresenta diversas incidências conforme o caso concreto apresentado, podendo transparecer-se como a consideração daquilo que normalmente acontece, ou como a exigência da consideração de particularidades de cada caso, nos quais a regra especificamente não possa incidir. A possibilidade de incidência elástica desse princípio (para que determinada norma incida ou não conforme o caso concreto sob análise) nada mais revela senão a natureza da equidade que deve ser elevada nos lapsos da lei ou quando esta se mostrar insuficiente à realização da justiça, como exposto por Aristóteles ao tratar das regras de equidade e justiça. Ainda, o critério da razoabilidade exige, para que seja aplicável, a harmonia entre as normas a serem aplicadas e as condições externas de aplicação, a congruência e equivalência entre os critérios de *discrímen* e a medida adotada.⁴¹

Tornando a questão mais ampla, Figueiredo aduz que esse princípio não deve ser interpretado como um óbice à atuação do administrador, que apenas poderá atuar mediante a existência de lei vinculativa, mas deve ser visto como uma forma de sujeitar o administrador público e seus atos ao Direito, às normas e princípios constitucionais, com vistas a concretizar-se na isonomia.⁴²

3.2.1 Do princípio da proporcionalidade

Em relação à proporcionalidade, observa-se grande semelhança com o princípio da razoabilidade, especialmente no que toca ao alto grau de subjetividade que demanda sua análise, no entanto, suas peculiaridades estruturais devem ser apontadas.

O princípio da proporcionalidade tem sua gênese por volta dos séculos XII e XVIII, quando na Inglaterra pululavam teorias jusnaturalistas referentes à essência do ser humano, ainda antes da criação do Estado, o que explicava o dever de respeito a esses limites humanos pelo soberano. O início da formação política conhecida por Estado de Direito remonta à Magna Charta inglesa, que, em 1.215, já traçava os elementos do que atualmente é conhecido pelo princípio ora tratado: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito.”⁴³

Em 1.791, em conferência proferida com o rei da Prússia, Friederich Wilhelmm, Suarez propôs que o Estado apenas possa limitar a liberdade dos indivíduos na proporção

⁴¹ AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 198-199.

⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

⁴³ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Op. Cit.

indispensável para que seja mantida a liberdade e segurança de todos, o que era o princípio fundamental do Direito de Polícia existente no Direito Público da época. Após, em 1.802, Von Berg emprega o termo “proporcional” (verhältnismässig) referindo-se à possibilidade de limitação da liberdade em razão da atividade policial, no que toca à indenização pelo dano sofrido pela vítima.⁴⁴

Seu conceito foi delineado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão quando, na década de 1960, teve a oportunidade de afirmar que se tratava de um princípio derivado da “própria substância dos direitos fundamentais” o que explica o fato de, ainda que não positivado, apresentar status constitucional.⁴⁵ Já em 1971, ao decidir um caso sobre a armazenagem de petróleo, a mesma Corte aproveitou a oportunidade e conceituou o princípio da proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.⁴⁶

O desenvolvimento desse princípio na Alemanha refletiu na sua disseminação para o direito de outros países como Áustria, Suíça, França, Itália, Espanha e Portugal. Apesar disso, Bonavides esclarece que na França esse princípio relaciona-se com o poder discricionário no âmbito da jurisdição administrativa, o que tornou esse princípio desconhecido na seara do direito constitucional.⁴⁷

Na Espanha, com a promulgação da nova Constituição em 1.978 após a queda do regime franquista (1.936-1.975), o princípio da proporcionalidade foi recebido como princípio geral de direito.⁴⁸

Em Portugal, com a Constituição de 1.976 após a queda do regime salazarista, o princípio da proporcionalidade foi tratado em vários dispositivos distintos, apresentando caráter de princípio material constitutivo da administração pública.⁴⁹

No Brasil, esse princípio não se encontra positivado e a doutrina afirma que a proporcionalidade advém do princípio do Estado de Direito.⁵⁰ Contudo, Martins justifica que esse princípio seria “insuficiente para descrever o efeito e fundamentar a validade da

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ BVerfGE 23, p. 127, Apud MARTINS, Leonardo. Op. Cit.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 377.

⁴⁸ PESSOA, Leonardo Ribeiro. Op. Cit.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 43.

proporcionalidade enquanto critério de controle de constitucionalidade” porque ele garante a legalidade de atos de administração no que toca à reserva legal para a atuação do Estado na esfera individual de direitos, omitindo-se em relação a leis concretizadoras de reservas legais.⁵¹ Citando Cunha, Pessoa esclarece que “o princípio da proporcionalidade representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público, sobre o interesse secundário (próprio Estado)”.⁵²

Para melhor traçar a problemática, é preciso diferenciar a estrutura entre regras e princípios. Regras são normas abstratas, descritivas, expressas, retrospectivas e abrangentes, que apenas incidem em casos nos quais se verifica a correspondência adequada, que tem por fundamento de aplicação sua finalidade ou a incidência dos princípios correspondentes a lhes permitir o juízo de valor.⁵³

Lado outro, os princípios são normas imediatamente finalísticas, “prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”⁵⁴ É importante esclarecer que os princípios, embora se relacionem a valores, com eles não se confundem. Ao se estabelecer finalidades específicas a algo, conclui-se pela qualificação de um estado de coisas que se quer promover; a diferença reside em que os princípios se localizam no plano deontológico, razão pela qual indicam a obrigatoriedade de adoção de determinada conduta necessária à promoção gradual de um estado de coisas e os valores, por sua vez, foram alocadas no plano axiológico (ou meramente teleológico), apenas conferindo determinada qualidade positiva a um elemento.⁵⁵ No Brasil, a proporcionalidade foi recepcionada com muitas imprecisões, sendo definida como um “princípio constitucional não positivado que proibiria o exercício de um poder de polícia arbitrário”⁵⁶.

O conceito de proporcionalidade originou-se no Tribunal Constitucional Alemão para quem o princípio da proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais” o que explica o fato de possuir status constitucional mesmo não sendo positivada. Assim, a esse princípio é conferida a qualidade de norma constitucional não

⁵¹ MARTINS, Leonardo. Op. Cit.

⁵² PESSOA, Leonardo Ribeiro. Op. Cit.

⁵³ AVILA, Humberto. Op. Cit. P. 102.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem, p. 104.

⁵⁶ SCARANCE FERNANDES, Antonio. Apud MARTINS, Leonardo. Op. Cit.

escrita, derivada do princípio do Estado de Direito.⁵⁷ Com isso, ao legislador é legítimo que atue na esfera das liberdades individuais, desde que sem exageros.⁵⁸

Porque é conferida ao legislador a competência para indicar o valor que pretende tutelar, ao aplicador do direito cabe respeitar essa decisão. Mas, se em sentido amplo, o fundamento o princípio da proporcionalidade não é o princípio do Estado de Direito mas o vínculo do legislador a direitos fundamentais, “a exclusão da proporcionalidade em sentido estrito encontra respaldo no princípio do Estado de direito (império da lei), assim como no princípio democrático e no princípio democrático-funcional.”⁵⁹ Para muitos juristas, a proporcionalidades traduzir-se-ia na ponderação que, por Schlink, foi definido como o próprio processo de aplicação da proporcionalidade ao caso decidendo.⁶⁰ Para Lerche, em sua tese de livre-docência, a proporcionalidade é um princípio cujo escopo seria, ao lado do princípio da necessidade, obstar o excesso de atuação do Estado que pudesse interferir nas liberdades humanas individuais. Assim, existiria um determinado limite de intensidade de atuação estatal legislativa que deveria ser respeitado pelo Estado para a proteção da Constituição.⁶¹

O fundamento desse princípio é o excesso de poder e seu escopo é o mesmo do princípio da razoabilidade além de restringir atos e condutas que ultrapassem os limites do adequado à Administração Pública. Para isso, a conduta da Administração deve considerar o tríplice fundamento da proporcionalidade, que deve ser visto como uma espécie de “processo seletivo classificatório” a pautar-se em três princípios distintos: o primeiro é o princípio da adequação, isto é, a verificação sobre a aptidão, a capacidade de determinada atuação estatal, se o meio empregado na atuação do Estado corresponde ao fim almejado; segundo, no princípio da necessidade de determinada atuação estatal, ou seja, a atuação deve ser a única forma de obtenção da finalidade pública, não existindo forma menos gravosa ou menos invasiva apta a alcançar a mesma finalidade pois, caso haja, será aferida a desnecessidade da conduta que, por conseguinte, deverá ser descartada; e, por fim, no caráter axiológico, que é o fundamento para que se proceda a sopesamentos, que indica a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito a apontar a questão valorativa da medida da conduta estatal⁶², apontando que os pontos positivos a serem colhidos através da atuação do Estado devem superar os aspectos negativos, o que permite inferir pelo caráter residual de incidência do princípio da

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 179.

⁵⁸ Ibidem, p. 181.

⁵⁹ Ibidem. P. 186.

⁶⁰ MARTINS, Leonardo. Op. Cit. P. 19.

⁶¹ LERCHE, Peter. Apud MARTINS, Leonardo. Op. Cit.

⁶² Ibidem. P 19.

proporcionalidade. Assim, a “aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”⁶³

Apesar disso, nas oportunidades que a Corte Suprema Brasileira teve de analisar o princípio da proporcionalidade, o seu tríplice fundamento foi ignorado (adequação, necessidade e finalidade) o que fez com que a relação de causa e consequência entre as medidas estatais consideradas e seus resultados ficasse prejudicada; o Tribunal limitou-se a investigar se a medida estatal de alguma forma limitava de forma excessiva o exercício de um direito fundamental, independentemente das razões para essa limitação. Isso explica a razão pela qual se fala em “proibição de excesso como limite, separadamente do postulado da proporcionalidade.”⁶⁴

No Brasil, esse princípio tem sido tratado como um mero exame de razoabilidade que seria intrínseco à tradição de common law⁶⁵, sendo afirmado muitas vezes como um sinônimo do princípio da razoabilidade. E porque esse princípio foi recepcionado no direito Português fora dos padrões de sua gênese germânica, no Brasil esse princípio foi naturalizado como um reflexo do princípio do Estado de Direito, fundado no *due process of law*, mantendo a mesma distância de suas origens e finalidades como no direito português.

A imprecisão de seus termos abre margem à relativização da segurança jurídica pois se estaria a aplicar um princípio jurídico aberto que dependeria apenas da aplicação da ideia de justiça mediante a ponderação de valores jurídicos.⁶⁶ O alto grau de subjetivismo e abstração envolvidos impedem uma definição precisa e técnica de seu conceito e, da mesma forma, de sua natureza jurídica, o que reduz o princípio da proporcionalidade “à condição de mero instrumento (retórico) do antigo e sempre questionado método da interpretação teleológica objetiva.”⁶⁷ Contudo, a doutrina aduz inexistir uma relação material direta em que se poderia traçar uma relação de causa e consequência entre a finalidade da norma e o princípio da proporcionalidade e conclui que essa tese “subverte o sentido do controle de proporcionalidade, na medida em que pode ser apta a ampliar a margem de ação da medida estatal limitadora ou restritiva do direito individual.”⁶⁸ Isso ocorre quando a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá por meio das “virtudes da ponderação”⁶⁹ e diferentes aspectos valorativos, ainda que de naturezas diversas, podem erigir em paralelo incitando a

⁶³ AVILA, Humberto. Op. Cit. P. 202.

⁶⁴ Ibidem, p. 190.

⁶⁵ Ibidem, p. 21.

⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 185.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem, p. 187.

incidência ou não do referido princípio a determinada situação. Essa manobra transfigura a aplicação do critério da proporcionalidade de jurídico a uma incidência política ou moral, em que a competência – inicialmente legislativa – é conferida ao Judiciário, a órgãos constitucionalmente legitimados a isso apenas no que toca a decisões de caráter individual com reflexos inter partes.⁷⁰

As críticas à aplicação do princípio da proporcionalidade no direito brasileiro demonstram a premente necessidade de se refundir seu conceito, seu conteúdo e finalidade, para que sua aplicação possa traduzir suas origens, proteger os direitos fundamentais das atuações estatais e não fomentar a insegurança jurídica quando suscitada em tribunais superiores por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Diante de tudo o que foi posto, é evidente que o princípio da proporcionalidade tem incidência primordialmente no direito constitucional, especificamente quando se discute o objeto “direitos fundamentais”, mas não se trata de um dever do Estado, pois isso faria com que a proporcionalidade fosse um critério genérico de incidência e anularia as limitações de competência do Tribunal Constitucional em relação a algumas matérias constitucionais específicas. Isso significa que esse critério não deve incidir à subsunção de norma infraconstitucional propriamente dita.⁷¹

Assim, ao contrário do que tem sido usualmente aplicado no cotidiano forense, a proporcionalidade não pode ser analisada como

[...] regra de equidade, prudência, ponderação, reciprocidade, moderação, bom-senso, razoabilidade, equilíbrio ou qualquer outra qualidade e “virtude” dessa natureza. A proporcionalidade é analisada como instrumento juridicamente configurado e delimitado para analisar problemas de constitucionalidade de atos infraconstitucionais.⁷²

Importante considerar que a *voluntas legislatoris* e a *voluntas legis*⁷³ nem sempre estão claramente expostas no texto da lei, sendo imprescindível uma análise hermenêutica para se obter o real fim da norma. A respeito, é possível a utilização da proporcionalidade que, nessa situação, é denominada de ponderação *lato sensu* por representar o estabelecimento da relação meramente fática entre duas grandezas, não sendo possível afirmar a existência de ponderação abstrata entre bens jurídicos.⁷⁴

⁷⁰ Ibidem, p. 188.

⁷¹ Ibidem, p. 188-189.

⁷² Ibidem, p. 189.

⁷³ Vontade do legislador e vontade da lei.

⁷⁴ MARTINS, Leonardo. Op. Cit. P. 32.

Dimoulis e Martins esclarecem que a incidência desse princípio ocorre no Brasil em razão de duas normas distintas: a primeira, o art. 5º, §1º⁷⁵ da Constituição Federal, que exige que o legislador atrele sua atuação à imediatidade da aplicação dos direitos fundamentais, ou seja, que o legislador respeite os limites das liberdades humanas e, em casos isolados de colisão de direitos, os direitos fundamentais sejam limitados da estrita medida do necessário, com o escopo de otimizar sempre o seu exercício⁷⁶. A segunda norma que justifica a incidência da proporcionalidade no direito brasileiro é o §2º do art. 5º da Constituição Federal⁷⁷, que indica que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes até mesmo dos princípios adotados.

Nesse contexto, a proporcionalidade deriva da necessidade de harmonizar o exercício de direitos fundamentais aos bens jurídicos eventualmente limitadores e os direitos fundamentais colidentes com intervenções legislativas. Mas quando o limite do exercício dos direitos fundamentais for a reserva legal, a infraconstitucionalidade da norma colidente indica não se tratar, especificamente, de um bem jurídico-constitucional. Essa antinomia é decidida por meio da incidência do critério da proporcionalidade.⁷⁸

A falta de fundamentação expressa no texto constitucional é outro problema a ser enfrentado. O fundamento constitucional da proporcionalidade traduz-se na reafirmação do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, resolvendo as antinomias por meio do critério da superioridade⁷⁹, o que limita até mesmo o poder discricionário dos Poderes Legislativo, na elaboração das leis, e do Executivo, em suas decisões administrativas. A proporcionalidade, quando aplicada fora do aspecto meramente valorativo e subjetivo do magistrado como sinônimo vazio de “ponderação” apenas reflete a atecnia com que esse princípio é tratado mas, se corretamente aplicado dentro dos limites ora expostos, tem o escopo de evitar esse alto grau de individualismo nas decisões, que desafia o princípio da segurança jurídica, além de materializar o princípio constitucional da separação dos poderes⁸⁰, alocado como cláusula pétrea no art. 2º, da Constituição Federal⁸¹.

Por fim, como uma reflexão sobre a coincidência entre os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade, é importante considerar que

⁷⁵ Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁷⁶ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit. P. 190.

⁷⁷ Art. 5º, §2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷⁸ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit. P. 190.

⁷⁹ Ibidem, p. 192.

⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Op. cit. P. 190.

⁸¹ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Todavia, a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Em outras palavras, a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela. Com efeito, o ato estatal que atende às exigências do princípio da proporcionalidade apresenta-se razoável e racional, todavia, nem sempre um ato razoável (racionalmente aceitável) atende aos deveres impostos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

Portanto, enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, o princípio da proporcionalidade determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos.⁸²

É evidente que a existência de uma pseudo coincidência entre os princípios analisados, o que não indica sua coincidência técnica – considerando-se a gênese de cada princípio e suas respectivas finalidades dentro do sistema jurídico. O objetivo da incidência de ambos os princípios é tornar o sistema mais justo às vicissitudes sociais, evitando o sufocamento dos cidadãos por meio da padronização do tratamento e, da mesma forma, evitando sérias limitações na atuação do Estado, protestando pela incidência do ótimo de Pareto (o que demonstra o aspecto subjetivo de sua incidência) na aplicação de regras, princípios e normas ainda que infraconstitucionais bem como pela análise racional e objetiva das consequências das escolhas do administrador público e dos Poderes da Administração.

Às dessemelhanças, Ávila traça um paralelo claro, sendo a razoabilidade um dever de vinculação entre duas grandezas que indica uma relação entre critério e medida, e não entre meios e fins, como é na proporcionalidade. São, na realidade, dois elementos empiricamente discerníveis, existindo uma relação de correspondência entre duas grandezas. É a necessidade de verificação do critério de congruência entre o critério de diferenciação escolhido (critério de *discrímen*) e a medida adotada.⁸³

É importante examinar as conclusões feitas pelos Ministros Gilmar Mendes e Luis Roberto Barroso sobre a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, o que permite entender a hodierna ausência de critérios técnico-jurídicos na distinção da aplicação de ambos os princípios. Para o primeiro Ministro, a proibição do excesso estaria inserta na proporcionalidade em sentido estrito por representar o amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, de maneira a estimular a coexistência de ambos os valores a serem ponderados. Com isso, o estudo da proibição do excesso estaria sempre ínsito ao estudo da proporcionalidade.⁸⁴ Já para o Ministro Barroso, quando for necessário à análise da

⁸² PESSOA, Leonardo Ribeiro. Op. Cit. P. 13.

⁸³ AVILA, Humberto. Op. Cit. P. 203.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 67.

proporcionalidade sopesar interesses particulares dos titulares dos direitos fundamentais eventualmente tolhidos, o exame da proporcionalidade deverá considerar a questão da razoabilidade como equidade.⁸⁵

Essas reflexões foram propositadamente citadas para ilustrar que, malgrado proporcionalidade e razoabilidade apresentem idêntica natureza jurídica, não deveriam ser postas lado a lado de maneira a provocar confusões conceituais aptas a dificultar sua incidência de maneira técnica e eficaz, o que apenas tem o condão de desempoderá-los, provocando uma situação de insegurança jurídica nos casos quando suscitados pois aplicados de maneira ordinária e medíocre como ponderações genéricas e subjetivas quando, na realidade, cada qual têm uma carga histórica motivadora respectivamente da ponderação entre causa e consequência, entre meios e fins, e do dimensionamento do dever de equivalência entre o critério de diferenciação e sua medida.

Pela evidência, não seria possível a distinção ora traçada através da análise da jurisprudência brasileira, cuja falta de rigor metodológico e, por consequência, falta de rigor em sua aplicabilidade são claros, sequer insinuando a possibilidade de separação técnica entre os princípios suficiente a proporcionar maior segurança jurídica nos julgados em que aplicados. Com isso, embora distintos em suas estruturas, a proporcionalidade e a razoabilidade são tratados pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras como coincidentes em seus escopos e metodologicamente sinônimos.

3.3 O princípio da proibição do retrocesso social

Dentre os valores balizadores dos direitos fundamentais – dentre os quais estão alocados direitos sociais como o direito à saúde – está o valor da proibição do retrocesso.

Esse princípio não possui uma definição clara de suas margens doutrinárias, jurisprudenciais ou mesmo da sua forma de incidência, sendo comumente suscitado em paralelo ao postulado da reserva do possível como um contraponto não econômico com a finalidade de salvaguardar direitos atinentes à própria existência humana.

No pós-guerra, o Estado do bem-estar social ganhou espaço junto ao capitalismo, quando os altos índices de crescimento econômico e, por consequência, de realização dos direitos sociais se dava por meio da constitucionalização de políticas públicas sociais como o direito à aposentadoria, à educação e à saúde. A partir da década de 1970, com o declínio

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 224.

econômico derivado da crise do petróleo (conflitos entre os países integrantes da OPEP⁸⁶), a recessão econômica foi geral e a arrecadação dos tributos que sustentavam o Estado do bem-estar social também foi atingida⁸⁷. Ainda na mesma década,

a Alemanha, que havia adotado o Estado Social como forma de proteção institucional de seus cidadãos a partir do pós-guerra, verificou que o agigantamento dessa política protecionista causava o inchaço no orçamento público e, com o decorrer do tempo e a crise econômica, tornou-se uma política inexecutável; assim, iniciaram-se calorosas discussões sobre a legitimidade de o próprio Estado restringir ao menos parte desses direitos⁸⁸ com o fito de retomar a capacidade de efetivação dos direitos dependentes de prestações positivas estatais.

Nesse contexto, diversos juristas como Vital Moreira e J.J. Canotilho iniciaram suas teses protetivas do arcabouço jurídico já conferido aos indivíduos e que começava a ser repensado em razão do alto custo de manutenção dos direitos sociais para o Estado, para impedir que direitos fossem tolhidos da população com vistas à manutenção do Estado Social, vinculando o Estado às garantias já assumidas por meio do princípio da segurança jurídica, que vincula a expectativa dos indivíduos às promessas estatais. À medida que a tese se desenvolveu e se robusteceu, veio a denominar-se princípio da proibição do retrocesso social.⁸⁹

Para Sarlet, esse princípio representa “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais ou não)”⁹⁰. Por meio dessa premissa, se verificada a concretização de determinados direitos sociais pelo Estado, só é permitido ao legislador alterar essa concretização caso elabore mecanismo que equivalha à mesma finalidade. A redução, omissão ou alteração legislativa que se caracterize como óbice à continuidade de efetivação de direitos será uma alteração inconstitucional.

⁸⁶ OPEP – Organização dos Países Exportadores de Petróleo.

⁸⁷ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**. Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo3.pdf>>. Último Acesso em: 31/05/2018 às 15h24.

⁸⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 31/05/2018, às 11h40.

⁸⁹ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. Op. Cit.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

Na Alemanha, a proibição ao retrocesso social foi conferida pela Corte Suprema por meio do reconhecimento da garantia da propriedade, quando admitiu que essa garantia abrangia inclusive a “proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados) (...)”⁹¹ Significa que a partir do momento quando o Estado vinculou-se a determinada prestação em favor do indivíduo (Estado Social), o objeto da prestação passou a integrar o campo subjetivo de direitos do cidadão e, a este, reconheceu-se uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e, em caso de supressão ou omissão de direitos,

[...] ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, o que, especialmente pela inclusão no âmbito de proteção da garantia da propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se desprender quase que completamente.⁹²

Referida proteção, no entanto, não é ilimitada. O Tribunal Constitucional Alemão enumerou alguns requisitos que os direitos fundamentais a serem tutelados deverão observar para serem protegidos por meio do direito de propriedade, quais sejam: 1) posição jurídica individual (direito subjetivo prestacional social); 2) posição jurídica de natureza patrimonial de fruição privada pelo titular; 3) o direito deve ter por finalidade a manutenção existencial do titular (posição jurídico subjetiva patrimonial).⁹³

No Brasil, dado o desenvolvimento econômico tardio em relação a países como Estados Unidos e Europa e o desenvolvimento democrático ofuscado pelo longo período ditatorial que apenas findou-se com a promulgação da Constituição Federal em 1988, evidentemente o princípio da proibição do retrocesso não teve outra sorte senão a falta de uma sistematização técnica pela doutrina e jurisprudência⁹⁴.

No início da década de 1990, em razão da abertura de mercado e da relativização de direitos no Brasil, a Constituição Federal passou a ser alvo de ataques através de medidas provisórias e emendas constitucionais que alteravam o âmbito protetivo inicialmente almejado pelo Poder Constituinte Originário. A desnacionalização e a desconstitucionalização de direitos tornam-se recorrentes e, diante disto, juristas brasileiros como Pablo Castro Miozzo e

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 21 – março/abril/maio 2010- Salvador-BA – Brasil. ISSN 1981-1888. p. 21.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem, p. 22.

⁹⁴ STRECK, *apud* CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. Op. Cit.

Felipe Derbli levantaram teses em prol dos direitos sociais, tendo por fundamento o princípio da proibição do retrocesso social desenvolvido na Europa.⁹⁵

Ambos defendem que o princípio da proibição do retrocesso social existe de forma implícita na Constituição Federal pois, ao enumerar a obrigação da República Federativa de “garantir o desenvolvimento nacional” como um dos objetivos da nação (Art. 3º, II), a conclusão que se obtém é a de que a partir do momento quando os direitos sociais são efetivados, promove-se o avanço social que, por sua vez, é um dos objetivos pátrios.⁹⁶

Sarlet aduz que a partir do momento quando determinado direito é conferido aos cidadãos, ainda que por norma infraconstitucional, esses direitos assumem a “condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da confiança (...).”⁹⁷ E fundamenta que em sentido amplo, a Constituição Federal veda alterações legislativas ou supressões de direitos fundamentais por meio da garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, contra atos legislativos que eventualmente tenham o condão de reduzir o âmbito intangível dos direitos fundamentais (onde também se encontram os direitos sociais).⁹⁸ Ainda, enumera argumentos para comprovar que o princípio da proibição do retrocesso social deriva do próprio sistema constitucional e de sua principiologia, por exemplo: 1) o princípio do Estado Democrático e Social de Direito, que determina um patamar mínimo de segurança jurídica; 2) o princípio da dignidade da pessoa humana que impede que medidas atentatórias a esse limite sejam adotadas; 3) O princípio da máxima eficiência e efetividade das normas de direitos fundamentais, prevista no §1º do art. 5º, CF; 4) O princípio da proteção da confiança, nuclear do Estado de Direito, entre outros.⁹⁹

Para Canotilho e Vital Moreira, a perspectiva da proibição do retrocesso representa essencialmente um direito de defesa contra medidas de caráter retrocessivo, que tenham por escopo a redução ou destruição de direitos fundamentais sociais em sua dimensão prestacional.¹⁰⁰

⁹⁵ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. Op. Cit.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 21 – março/abril/maio 2010- Salvador-BA – Brasil. ISSN 1981-1888.

⁹⁸ Ibidem, p. 12.

⁹⁹ Ibidem, p. 26-27.

¹⁰⁰ CANOTILHO, apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito**

Lado outro, Vieira de Andrade pondera que esse princípio não pode ser tido como regra geral e absoluta, sob pena de se relativizar a autonomia da função legiferante – pois o legislador não pode ser considerado como “órgão de mera execução das decisões constitucionais”¹⁰¹. No mesmo sentido, Krell aponta que a incidência do princípio da proibição do retrocesso não impede, por si só, a redução de direitos sociais em favor de interesses públicos urgentes e relevantes, o que poderia culminar em uma maior proteção de direitos sociais em detrimento de direitos de liberdade.¹⁰²

Nessa mesma linha de que o princípio da proibição do retrocesso não é inflexível, J.J. Canotilho alterou seu posicionamento diante da crise econômica que assolou Portugal nos anos de 2.010-2.011:

O rígido princípio da não-reversibilidade ou, formulação marcadamente ideológica, o princípio da “proibição da evolução reaccionária” pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizávamos noutros trabalhos. “A dramática aceitação de “menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos”, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.”¹⁰³

Evidentemente, tornar absolutos quaisquer direitos é ato capaz de impedir a própria evolução da sociedade e dos pensamentos que o margeiam, pois obstaria o dinamismo que as atuais sociedades plurais exigem para se manter e se desenvolver. Ainda, a grave crise econômica que assolou principalmente a Europa nos idos de 2.010 (e afetou indiretamente vários outros países) é fato que deve ser considerado como possível e não integra o âmbito dos fatos imprevisíveis, haja vista o sabido ciclo econômico que provoca oscilações de mercado a cada intervalo de tempo e de espaço.

Diante das sérias dificuldades do Estado em permanecer cumprindo uma densa carga de direitos economicamente custosos em prol dos indivíduos independentemente da situação em que se encontre é fato que deve ser revisado – ao menos em relação a parcelas que não interfiram, diretamente, no âmbito do mínimo existencial necessário e da dignidade humana (muito embora sejam termos relativos, devem ser analisados com certo grau de objetividade). O que se pretende comprovar é que os direitos não podem representar uma carga de garantias inviáveis ao Estado, pois é necessário salvaguardar a ambos: indivíduos e Estado. A este

constitucional brasileiro. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 21 – março/abril/maio 2010- Salvador-BA – Brasil. ISSN 1981-1888.

¹⁰¹ Ibidem, p. 28.

¹⁰² Andreas Krell, Op. Cit. P. 28.

¹⁰³ CANOTILHO apud CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 01/06/2018, às 14h10.

porque é resultado do patamar de organização política e econômica dos membros da sociedade e, àqueles, porque compõe o esqueleto estrutural e intelectual do Estado, sem os quais o próprio Estado não poderia existir por si só.

Esgotar os recursos econômicos, políticos e humanos do Estado para obriga-lo a cumprir direitos que sufocam sua própria existência é suicídio político, o que pode culminar até mesmo na majoração da crise que o assola. Lado outro, relativizar os direitos e as obrigações estatais permitindo despesas de acordo com a capacidade orçamentária, política e humana, é medida racional e que auxilia o Estado a galgar sua recuperação, preservando medidas protetivas do mínimo existencial e que terão o condão de elevar o Estado a um novo nível de desenvolvimento.

Nesse contexto, afigura-se ponderada a relativização do princípio da proibição do retrocesso social apenas para permitir a readaptação econômica dos direitos à nova realidade estatal (capacidade prestacional) observada sem, contudo, atingir parcelas atinentes ao mínimo existencial.

No âmago do direito à saúde, o princípio da proibição do retrocesso social deve ser aplicado com absolutismo sob pena de relativização do próprio direito à vida humana. Referido princípio deve ser aplicado em consonância com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, nos termos do §1º do art. 5º, CF, em relação a direitos que não se relacionem, por via direta, com a própria existência humana – como é o caso do direito à saúde. Nesse ínterim, o raciocínio aqui desenvolvido sobre o princípio da proibição do retrocesso social tem o objetivo de aclarar os valores aos quais o Estado Brasileiro está vinculado e que circunscrevem as questões da saúde e dos custos de manutenção desse direito; ainda, confirma a premissa anteriormente traçada de que a invocação do postulado da reserva do economicamente possível, nos contextos econômico, político, humano e constitucional brasileiros, constitui sofisma que sequer deveria ser levantado pelo Poder Executivo ao justificar o motivo de não conferir o que a Constituição Federal e leis infraconstitucionais garantem e, da mesma forma, devem ser prontamente rechaçados pelo Poder Judiciário.

3.4 A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000) e seus reflexos na efetivação do direito à saúde

A lei de responsabilidade fiscal entrou em vigor em 04.05.2000 e teve por escopo delimitar normas organizacionais relativas à destinação e aplicação das finanças públicas

voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, por meio da regulamentação do art. 163 da Constituição Federal.¹⁰⁴

Por meio da reorganização das finanças públicas através de normas balizadoras que preveem sanções aos gestores públicos em caso de inobservância, o Poder Público tinha por meta acompanhar a forma como era administrado o capital público, e se as verbas destinadas a cada finalidade eram realmente utilizadas. Especificamente, o Poder Público almejou propulsionar a efetividade de direitos sociais como a educação, a saúde e a segurança por meio do controle dos gastos de verbas obtidas pelo ente federativo (por meio da arrecadação de impostos, por exemplo) e de verbas obtidas por meio de repasses dos governos federal (aos Estados e Municípios) e dos governos estaduais (aos respectivos Municípios).

Desde o início da vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal muito se atribuiu a ela as penúrias do Sistema Único de Saúde ¹⁰⁵ – como a ausência de recursos econômicos, a falta de profissionais devidamente capacitados, entre outras – como se tudo tivesse tido origem em razão de sua vigência, como se o seu poder fiscalizatório e tivesse o condão de reduzir os percentuais de repasses destinados à realização do direito à saúde. Na realidade, o próprio Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) incitou a ideia de que a normativa trazida pela Lei de Responsabilidade fiscal seria impeditiva da contratação de trabalhadores e, portanto, engessaria o progresso do SUS.¹⁰⁶

Essas hipóteses motivam seja referida Lei complementar analisada a partir de premissas objetivas e meramente econômicas. Desta forma, neste tópico será analisada a

¹⁰⁴ Art. 163 Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

¹⁰⁵ SAYD, P.D. **Renúncia fiscal e equidade na distribuição dos recursos para a saúde**. Dissertação (mestrado). Fundação Oswaldo Cruz: Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2003.

¹⁰⁶ DAIN et al. **Renúncia fiscal e assistência médica suplementar**. In Brasil. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Regulação e saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2002. p.223-244.

¹⁰⁷ 167 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, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

habilidade da referida Lei em impedir a manutenção e realização do sistema público de saúde em sua plenitude, considerando a seriedade dos argumentos tecidos nesse sentido. Serão analisadas as correlações legais entre a questão orçamentária dos repasses de verba ao Sistema Único de Saúde e também se esses repasses estariam limitados pelas sanções derivadas da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000).

A Constituição Federal designa em vários de seus dispositivos, normas que atrelam a prestação da saúde a percentuais econômicos definidos, por exemplo, a do art. 167, IV¹⁰⁷ e a do art. 198, §2º, a seguir:

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:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

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 nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

Apesar da existência do SUS e de normas específicas para que a saúde seja prestada pelo Estado de forma gratuita e com decência à população, a Constituição também permite que a matéria seja tratada pela iniciativa privada, por meio de convênios ou de contratos de direito público, de maneira complementar ao sistema público de saúde, proibido qualquer tipo de auxílio financeiro público sempre quando a iniciativa privada tiver fins lucrativos.¹⁰⁸

Esse aparato fez com que se acreditasse que a prestação da saúde estaria resguardada a todos, como determinado pelo princípio da universalidade, considerando-se um mundo ideal em que todas as normas constitucionais teriam plena e imediata eficácia e que para todas as necessidades da esfera da saúde o Estado disponibilizaria do capital necessário.

A realidade, contudo, é diversa e, dadas as inconsistências do sistema financeiro, a Lei 101/2000 trouxe parâmetros de conduta do agente público e as respectivas sanções

¹⁰⁸ Art. 199, §§ 1º e 2º, CF.

administrativas, penais e civis, para os casos de aplicação incorreta, inadequada ou ímproba dos recursos financeiros.

Ainda antes, com a promulgação da Constituição Federal em 05.10.1988, o art. 55 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰⁹ trouxe norma temporária, cuja vigência era diretamente dependente da aprovação da lei de diretrizes orçamentárias e que determinava que 30% do orçamento da seguridade social deveria ser destinado ao setor de saúde.

Essa conjuntura foi traçada para comprovar que a existência de recursos constitucionais para a realização e manutenção do Sistema Único de Saúde sempre esteve entre as preocupações primárias do Constituinte Originário, o que transportou esse direito ao primeiro plano em relação ao legislador ordinário.

Designar por meio do Poder Constituinte Originário o mínimo de trinta por cento do orçamento da seguridade social é receita vultuosa, haja vista o que dispõem a respeito, por exemplo, o art. 195 da Constituição Federal e os art. 11 e 27 da Lei 8.212/91 (Lei de Custeio da Seguridade Social):

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

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro.

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

¹⁰⁹ Art. 55, ADCT: Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde.

Art. 27. Constituem outras receitas da Seguridade Social:

I - as multas, a atualização monetária e os juros moratórios;

II - a remuneração recebida por serviços de arrecadação, fiscalização e cobrança prestados a terceiros;

III - as receitas provenientes de prestação de outros serviços e de fornecimento ou arrendamento de bens;

IV - as demais receitas patrimoniais, industriais e financeiras;

V - as doações, legados, subvenções e outras receitas eventuais;

VI - 50% (cinquenta por cento) dos valores obtidos e aplicados na forma do parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal;

VII - 40% (quarenta por cento) do resultado dos leilões dos bens apreendidos pelo Departamento da Receita Federal;

VIII - outras receitas previstas em legislação específica.

Parágrafo único. As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde-SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito.

Além dos próprios valores equivalentes a 30% do orçamento da seguridade social, conclui-se que ainda há outras fontes de arrecadação, como a constante no parágrafo único do art. 27 supratranscrito, que destina à saúde 50% do valor total do prêmio recolhido a título de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT).

É evidente que o custeio da saúde está por lei devidamente garantido e não há indícios, ao menos tendo por base os percentuais legais, de possibilidade de ausência de recursos econômicos para a manutenção da rede pública de saúde.

Diante do contexto traçado, serão apresentadas duas premissas: a primeira, de que a lei de responsabilidade fiscal teria incidido direta e negativamente nas despesas para a contratação de pessoal (mão-de-obra especializada) para servir à rede pública de saúde; a segunda, de que a possibilidade de renúncia fiscal por parte do governo federal em relação a empresas devedoras incidiria diretamente no montante de recursos destinados à manutenção da rede pública de saúde. Contudo, antes da verificação das premissas apresentadas, faz-se imprescindível verificar uma questão genética do SUS: a existência ou não do respectivo financiamento da rede.

No final da década de 1980, as sucessivas políticas econômicas de alterações no câmbio monetário exigiram que o governo passasse a adotar atitudes mais conservadoras, dada a forte insegurança econômica oriunda de políticas de cunho neoliberal.¹¹⁰ Nesse

¹¹² MEDEIROS, Katia Rejane de et al. **Lei de responsabilidade fiscal e despesas com pessoal da saúde: uma análise da condição dos municípios brasileiros no período de 2004 a 2009**. p. 1760. Disponível em:

contexto é que foi inicialmente traçadas as margens da Lei de Responsabilidade Fiscal, com o objetivo de obrigar com que o administrador público utilizasse dos recursos disponíveis com responsabilidade, planejamento e controle de gastos. Com isso, o que se buscava era proporcionar a relação do melhor custo-benefício de maneira a garantir direitos com a maior qualidade possível aos usuários, com o equilíbrio entre as receitas e despesas.

Nas três esferas, é reconhecido os altos gastos da União, Estados e Municípios com despesas de pessoal – o que inclui despesas com profissional da área da saúde. Macedo aduz que no lapso de 1996 a 2000, 67% das receitas correntes líquidas dos Estados foram dispensadas com o funcionalismo público em geral.¹¹¹ No sentido de conter esse disparate, a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe um teto percentual aplicável a gastos com despesas de pessoal nas três esferas de governo e para os três Poderes: na esfera federal, o teto para despesas com pessoal é de 50% da receita corrente líquida; para os Estados e os Municípios, esse percentual é de até 60%.¹¹² Desses percentuais, estão excluídas as indenizações por demissões de funcionários públicos servidores ou empregados, despesas relativas a programas de incentivo à demissão voluntária e despesas decorrentes de decisão judicial e da competência do período anterior ao da apuração do art. 18, §2º¹¹³.

Assim, por vedação expressa, não incidem nas penalidades previstas pela Lei de Responsabilidade Fiscal gastos extraordinários de qualquer ente da federação decorrente de condenação judicial derivadas, por exemplo, de ações de medicamentos, insumos ou prestações diversas relacionadas ao direito à saúde.

O que inicialmente se temia a partir da vigência da Lei 101/2000 – que era a possível legalização de óbices ao cumprimento e efetivação do direito à saúde – inicialmente não se observou, pois os casos mais graves (gravidade determinada ou pelo baixo índice estatístico de ocorrência da doença (o que pode revelar o baixo conhecimento médico sobre a cura) ou pelo custo exacerbado do tratamento) em que havia o interesse do indivíduo em algum tipo de

<<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n6/1413-8123-csc-22-06-1759.pdf>>. Acesso em: 16/06/2018, às 19h03. P. 1760.

¹¹³ MACEDO, J.J. CORBARI, E.C. **Efeitos da lei de responsabilidade fiscal no endividamento dos municípios brasileiros: uma análise de dados em painéis**. Rev. Contab. Finanças, 2009. P. 44-60.

¹¹⁴ Lei 101/2000. Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento). § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: I - de indenização por demissão de servidores ou empregados; II - relativas a incentivos à demissão voluntária; III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6.º do art. 57 da Constituição; IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2.º do art. 18; (...).

¹¹⁵ Lei 101/2000. Art. 18, §2.º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

tratamento já haviam sido submetidos à análise judicial. Nesses casos, independentemente do índice de condenações ou não do Poder Público, a questão financeira do adimplemento do objeto “saúde” não é computada para fins de responsabilidade fiscal, sendo questão a ser interpretada de maneira apartada de todas as demais despesas efetivadas pelo ente federativo.

É possível ao ente utilizar-se de capital de receitas inicialmente não destinadas à área da saúde pública para adimplir determinada obrigação imposta pelo Poder Judiciário para efetivar esse direito. Ainda que se verifique esse tipo de manobra política, ao agente público não serão impostas as sanções previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Com isso, a questão inicial do custeio do Sistema Único de Saúde que se pretendeu refletir, qual seja, a existência de recursos efetivos para seu funcionamento e manutenção foi desvendada e, *a priori*, a Constituição Federal e leis esparsas (como a Lei de Custeio da Seguridade Social, L. 8.212/91) garantem a existência de repasses dos governos das três esferas aos demais entes federativos com a finalidade de custeio do SUS.

Após concluir pela existência de verbas consideráveis para a realização do direito à saúde dado o orçamento da seguridade social, torna-se possível refletir acerca da capacidade de a Lei de Responsabilidade Fiscal interferir na contratação de mão-de-obra qualificada para atuar na rede pública de saúde, o que representaria um óbice à efetivação do direito à saúde.

A proporção que a matéria ganhou fez com que, no ano de 2.008, fosse incluído na agenda nacional de prioridades de pesquisa em saúde o estudo sobre o impacto da referida Lei na alocação de recursos humanos em saúde.¹¹⁴ Com isso, é preciso analisar alguns dados oficiais comparativos para se ter um panorama inicial sobre a forma de afetação da sobredita Lei em relação à contratação de pessoal para atuar no setor de saúde.

Para evitar comparações extensas, especialmente porque aqui o foco não é contábil mas jurídico, serão analisadas as despesas totais oficiais na área da saúde pública, comparados os Estados de São Paulo e do Estado de Roraima, por serem, respectivamente, os Estados com maior e menor PIB considerados pelo IBGE no ano de 2.015¹¹⁵.

No Estado de São Paulo, em que o PIB divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) foi de R\$ 1.939.890,00 (um milhão novecentos e trinta e nove mil oitocentos e noventa reais) no ano de 2.015, as despesas totais na área da saúde foram de R\$ 15.992.134.219.000,82 (quinze trilhões novecentos e noventa e dois bilhões cento e trinta

¹¹⁶ MEDEIROS, Katia Rejane de et al. **Lei de responsabilidade fiscal e despesas com pessoal da saúde: uma análise da condição dos municípios brasileiros no período de 2004 a 2009**. p. 1761. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n6/1413-8123-csc-22-06-1759.pdf>>. Acesso em: 18/06/2018, às 22h58.

¹¹⁷ A tabela divulgada pelo IBGE compõe o Anexo II deste trabalho.

e quatro milhões duzentos e dezenove mil reais e oitenta e dois centavos), englobando a administração direta e a indireta na área.

O Estado de Roraima, por sua vez, apresentou PIB equivalente a R\$ 10.354.000.000,00 (dez bilhões trezentos e cinquenta e quatro milhões reais) no ano de 2.015. em relação a suas despesas totais na área da saúde, não foi possível apurar os valores, pois não foram disponibilizados de forma pública no sítio eletrônico do Estado.

Contudo, em análise comparativa de estatísticas colhidas no lapso de 2.004 a 2.009 obtidas por meio de dados oficiais fornecidos pelo Tesouro Nacional através do Sistema de Finanças do Brasil (Finbra) e do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (Siops), tendo por base a análise da situação de 4.356 municípios brasileiros que mantinham atualizados seus dados nos referidos cadastros informatizados, Medeiros concluiu por uma tendência de crescente majoração com despesas totais com pessoal na área da saúde e, em contrapartida, os mesmos dados não mostraram uma capacidade de arrecadação tributária municipal crescente (o que representa a fonte de custeio direta a saúde), mas estagnada e com leve decréscimo a partir do ano de 2.008.¹¹⁶

No mesmo contexto, observou-se uma crescente dependência dos municípios em relação aos repasses financeiros do governo federal e, apesar da dependência ascendente, as transferências intergovernamentais de valores tiveram uma leve redução em suas médias anuais a partir de 2.007.

Em relação ao indicador de despesa total com pessoal, não se observou uma tendência de elevação dessas despesas tampouco qualquer tipo de correlação entre os índices das despesas com pessoal, autonomia econômica municipal (capacidade arrecadatória) e gastos com pessoal da saúde, o que permite concluir que, no período analisado (2.004 a 2.009), os municípios que se destacaram pelos gastos com pessoal da saúde não exatamente foram aqueles que se aproximaram dos limites de gastos com pessoal indicados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O percentual da despesa total de pessoal tem por base a receita corrente líquida e esta, por sua vez, é diretamente relacionada à capacidade de arrecadação tributária dos municípios, o que constitui receitas municipais pouco suscetíveis a majorações. Se eventualmente houver uma necessidade de ampliação do quadro de trabalhadores da rede de saúde, a respectiva majoração da fonte de custeio não acompanhará essa necessidade, o que tende a tornar os

¹¹⁶ MEDEIROS, Katia Rejane de et al. **Lei de responsabilidade fiscal e despesas com pessoal da saúde: uma análise da condição dos municípios brasileiros no período de 2004 a 2009**. p. 1.761/1.764. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n6/1413-8123-csc-22-06-1759.pdf>>. Acesso em: 22/06/2018, às 18h13.

municípios nesse contexto mais vulneráveis às sanções da LC 101/2.000. Ainda, é importante apontar que a demanda com pessoal é despesa crescente e, em contraponto, as receitas seguem as oscilações do mercado financeiro, o que fragiliza a realização de despesas sem uma respectiva fonte de custeio fixa.¹¹⁷ Essa situação conduz à aplicação da LC 101/2.000.

Contudo, Medeiros aponta que somente a partir do ano de 2.005 é que a Lei de Responsabilidade Fiscal passou a ser invocada como hipótese de limitação para a contratação de novos profissionais para a realização da rede pública de saúde e, por conseguinte, como instrumento de resistência ao desenvolvimento do SUS.¹¹⁸

Apesar de a referida Lei ser bastante clara em seu escopo de proteção ao erário e à necessidade de balanceamento entre receitas e despesas públicas, é cediço que as três esferas federativas – especialmente os municípios – adotam formas tangenciais para cumprir os limites trazidos pela Lei 101/2.000, como a contratação de empresas terceirizadas para executar atividades-meio que poderiam ser executadas por funcionários da própria Administração, pulverizar o limite de gastos com pessoal da área da saúde com os gastos com pessoal das demais áreas da Administração e até mesmo excluir do cálculo das despesas com pessoal aqueles contratados mediante contratos precários.¹¹⁹

Essas manobras impedem, muitas vezes, a incidência das sanções por responsabilidade fiscal dos administradores públicos por alterarem as reais condições fáticas dos municípios em relação à efetivação da saúde.

O que se observa é que os dados fornecidos pelos Estados e Municípios aos órgãos de fiscalização e controle da gestão pública (como Siops e Finbra) são ainda experimentais, pois depende de cada Estado alimentar referidos sistemas adequadamente (o que nem sempre ocorre) e não refletem a absoluta realidade (nem econômica nem humana) de cada ente (evidentemente, para evitar a imposição de sanções). Não bastasse, mesmo que para fins meramente estatísticos não é possível afirmar que a LC 101/2000 teve o efeito negativo que a ela foi atribuído, pois seu efeito primário seria curar as contas públicas com a responsabilização dos maus gestores e o efeito secundário seria provocar a mudança comportamental de todos os envolvidos, usuários, servidores e gestores da saúde pública, para que o sistema pudesse se aproximar ao máximo daquele idealizado pelo legislador Constituinte Originário.

¹¹⁹ Idem. P. 1.766.

Por meio da análise dos dados e das situações apontadas, é certo que a premissa primeira é incoerente, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal não provocou qualquer tipo de efeito, direto ou indireto, que representasse óbices à efetivação do Sistema Único de Saúde, como se sugeriu inicialmente. A hipótese é falaciosa e não permitiu que fosse traçada uma relação de causa e consequência entre a precária quantidade de profissionais contratados para a esfera da saúde e a vigência da LC 101/2.000.

A segunda hipótese levantada para justificar o funcionamento irregular da rede pública de saúde é a permissão, pelo governo federal, de renúncias fiscais em prol de empresas devedoras, o que provocaria reflexos negativos na arrecadação tributária de impostos que compõe o montante a ser rateado e destinado à saúde; portanto, a renúncia fiscal teria efeitos reflexos nos recursos destinados à manutenção da saúde pública.

Desde o início da vigência da Constituição Federal promulgada em 1.988, observou-se que o legislador Constituinte Originário preocupou-se com o financiamento da saúde, em reservar um percentual minimamente suficiente para a realização e manutenção de todo o sistema de saúde, de maneira que a escassez de recursos não pudesse ser um subterfúgio a administração decente de seus recursos.

Desde a promulgação da atual Constituição, o art. 55 da ADCT trouxe norma expressa de que, no mínimo, 30% do orçamento da seguridade social seriam destinados ao setor de saúde. Não é possível comprovar com exatidão se esse percentual foi concretamente observado. O que se sabe é que no decorrer do tempo, várias outras situações foram criadas e que alteraram esse financiamento, como a criação das hipóteses de desvinculação das receitas da União (DRU) em 1.994, que resultou em uma redução de recursos para a seguridade social em torno de R\$ 578 bilhões no interregno de 1.995 a 2.012; a criação e aprovação da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) em 1.997 como fonte exclusiva para a saúde como compensação pela redução orçamentária decorrente das DRUs; a aprovação da EC 29/2.000, que vinculou recursos destinados à saúde porém com indefinições sobre o que se classificaria ou não como ações e serviços da saúde, esquivando-se de indicar qual seria a provável fonte dos recursos que seriam repassados; o trabalho dos integrantes do governo federal contra a vinculação de percentuais para a saúde, que indicaram como itens da saúde a ser incluso no orçamento o pagamento de juros e o pagamento da aposentadoria de ex-funcionários do Ministério da Saúde; a ameaça de aprovação da reforma tributária durante o governo Lula em 2.008, que prejudicaria sobremaneira o orçamento da seguridade e impediria a vinculação de recursos para a seguridade ao sugerir a extinção das contribuições sociais, por meio da criação de uma fonte de custeio agregada por apenas três impostos, quais

sejam, imposto de renda (IR), imposto sobre produtos industrializados (IPI) e imposto do valor adicionado federal (IVA), entre inúmeras outras medidas não enumeradas.¹²⁰

Esse contexto indica que o orçamento destinado à saúde sempre foi muito visado por outros ramos do governo que, ao utilizar parte do orçamento da saúde para fins diversos daqueles constitucionalmente indicados (a exemplo da DRU), criavam outras formas de compensar a redução dos valores destinados à saúde, como a criação da CPMF.

O fato é que essas formas de compensação hipotéticas não compensavam, efetivamente, os percentuais que eram desviados da esfera da saúde pública, e os governantes não se comprometiam a esse tipo de equivalência sob pena de retorno ao *status quo ante* (retomar a situação econômica inicial). Com o decorrer do tempo, os valores destinados à saúde foram sendo indiscriminadamente utilizados em detrimento dos usuários da rede pública de saúde e, principalmente, em detrimento das normas constitucionais imutáveis trazidas pelo legislador Constituinte Originário, relativizando o poder dessas normas.

Apesar disso, ainda é preciso discurrir sobre o incentivo governamental conferido às empresas privadas atuantes no ramo da saúde privada. Estatisticamente, esses benefícios fiscais foram equivalentes a R\$ 3,67 bilhões no ano de 2.003; R\$ 8,70 bilhões no ano de 2.006; R\$ 15,85 bilhões no ano de 2.009 e R\$ 19,98 bilhões no ano de 2.102.¹²¹ É notável que a cada três anos é possível traçar uma relação proporcionalmente direta de aumento médio de 60% dos valores renunciados em tributos pelo governo em favor de entidades privadas de saúde. Evidentemente, são valores vultuosos provavelmente capazes de conferir ao Sistema Único de Saúde não exatamente a abrangência de atendimento e a qualidade almejadas na esfera ideal de prestação de serviços públicos, mas ao menos uma maior amplitude no atendimento e melhor qualidade na prestação do serviço que é ofertado atualmente.

Sobre a situação da renúncia fiscal, dois contrapontos devem ser traçados por guardarem dependência com a questão do financiamento da saúde pública: o primeiro é que a renúncia fiscal constitui motivo para o aumento da oferta da saúde privada e, obviamente, para a expansão do mercado de planos de saúde privados com o incentivo governamental em prejuízo à rede pública de saúde, o que afeta diretamente a efetivação do princípio da universalidade de acesso à saúde pública; o segundo aspecto é o da elitização do direito à saúde pois, por meio das renúncias fiscais e dos abatimentos em imposto de renda dos percentuais gastos pelo particular com saúde privada, o Estado estaria instrumentalizando o

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ Ibidem.

direito à saúde em prol do capital, conferindo-o apenas àqueles indivíduos integrantes de camadas populacionais mais abastadas, olvidando-se daqueles indivíduos que necessitam da rede pública de saúde e não apresentam condições econômicas mínimas de dispender valores a entes privados de saúde.

Sobre a primeira situação levantada, observa-se que a legislação que permite esse tipo de situação (Leis 9.250/95 e 9.249/95, respectivamente sobre abatimentos de valores a pagar de imposto de renda de pessoas naturais e de pessoas jurídicas) permite, da mesma maneira, o abatimento do percentual a ser recolhido a título de contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), eis que o art. 47 da Lei 4.506/64 dispõe que são proibidas deduções das contribuições não compulsórias, “exceto as destinadas a custear seguros e planos de saúde e benefícios complementares assemelhados aos da previdência social, instituídos em favor dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica.” Com isso, essa norma permite que além da redução no valor do imposto de renda a ser pago – tanto por pessoas naturais quanto por pessoas jurídicas – seja possível também reduzir o valor devido a título de CSLL.

A CSLL é um tributo devido por pessoas jurídicas cuja base de cálculo é o lucro líquido da empresa, e seus valores compõe o orçamento da seguridade social, que deve ser destinado à realização da saúde pública no importe de 30%.

Sobre a questão das renúncias fiscais, a LC 101/2.000 não proíbe que existam, apenas impõe regras para a que lei que preveja algum tipo de renúncia fiscal apresente estudo de impacto orçamentário referente aos valores que deixarão de integrar o erário, além de apresentação de medidas de compensação por meio do aumento das receitas (majoração de alíquota de tributos, ampliação da base de cálculo, entre outras), ou comprove que a renúncia fiscal não impactará nas metas de resultados fiscais previstas nas leis de diretrizes orçamentárias.¹²²

Uma das finalidades da renúncia fiscal é permitir que o contribuinte compense gastos realizados com serviços não atendidos pelo governo e, em contrapartida, representa um estímulo às empresas privadas prestadoras de serviços prestados pelo governo de maneira precária, incentivando que o setor privado substitua com determinado grau de qualidade o serviço público prestado pelo governo de forma superficial.

¹²² MENDES, Àquilas. WEILLER, José Alexandre Buso. **Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00491.pdf>>. Acesso em: 24/06/2018, às 13h11. p. 494.

¹²³ Ibidem, p. 495.

Com isso, há uma inversão de valores: a saúde é prestada pelo Estado com o objetivo de conferir melhor qualidade de vida aos indivíduos, promovendo, por meio do direito à saúde, o direito à vida e à dignidade; quando a saúde é prestada por terceiros integrantes do setor privado, a saúde torna-se um instrumento do capital, promovendo à empresa fornecedora da saúde lucros mediante a oferta da mercadoria “saúde”.¹²³

Nesse contexto, a administração pública se resigna em promover ínfimos melhoramentos no atendimento, nos tratamentos ofertados, na contratação de pessoal qualificado e passa a produzir legislação de incentivo ao crescimento do setor privado na área da saúde, permitindo renúncias fiscais por meio de deduções, renúncia, anistia, remissões, crédito presumido, e todas as demais formas de libertar esses entes privados prestadores de serviços públicos – como o é a saúde – para que, por meio do acúmulo da mais-valia e do não pagamento de impostos, sejam estimuladas a manter o objeto social a que se propuseram desbravar e, com isso, mantenham a prestação do direito à saúde minimamente garantida aos cidadãos por meio de convênios com grandes empresas e seus trabalhadores, convênios com indivíduos do setor público e do setor privado, transferindo a sobrecarga de uso e gozo do direito à saúde do setor público para o setor privado.

A conveniência da administração pública em incitar que a esfera privada (empresarial) se ocupe desse ramo que deveria ser atribuição pura do governo – por regra constitucional – é meramente econômica, eis que beneficia apenas aquele que presta o serviço de saúde (o ente privado) e aquele que é aliviado por ceder a terceiro atribuição própria (a administração pública). O usuário do sistema de saúde, seja privado ou público, nem sempre colhe benefícios equivalentes aos valores que verte para garantir o seu direito à saúde.

Outra consequência nefasta é possível notar: a mercantilização do direito à saúde provoca a elitização do mesmo direito.

A parcela da população que apresenta possibilidades econômicas de gozar de planos de saúde equivale a 34,2%¹²⁴, o que significa que quase 70% da população brasileira depende exclusivamente da rede pública de saúde para o tratamento de suas moléstias.

¹²⁴ LC 101/2.000, Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou

Essa estatística comprova a elitização da saúde, pois as renúncias fiscais permitidas por meio de legislação específica que contribuem para o crescimento de empresas fornecedoras da mercadoria “saúde” no setor privado tem efeitos exclusivos no setor empresarial e, ainda, os abatimentos em imposto de renda de pessoas naturais que contratam esse tipo de serviço ou abatimentos em imposto de renda de pessoas jurídicas que firmam convênios para a obtenção desse tipo de serviço para seus funcionários apenas surte efeito na parcela da população que apresenta condições econômicas de consumir esse tipo de bem, qual seja, nos 34,2% da população que tem capacidade econômica de comprar seu direito à saúde.

A *contrario sensu*, nenhuma dessas medidas incentivadas pelo governo tem reflexos na parcela da população carente e economicamente frágil, que permanece dependente de uma rede pública de saúde deficitária e incapaz de prover tratamentos adequados por ausência de repasses governamentais suficientes para a manutenção do Sistema Único de Saúde. Sobre isso, Mendes e Weiller utilizam-se de dados fornecidos pela ANS no período de 2.003 a 2.012 para concluir que o coletivo empresarial compõe a massa de contratação de serviços de saúde privados, que apresentou o maior crescimento do período: 36,40% em 2.003 para 62,69% em 2.012.¹²⁵

Diante do panorama traçado, a hipótese que se eleva é a de que a saúde pública, apesar de configurar um direito de todos e um dever do Estado, na realidade apresenta condições bastante distintas daquela inicialmente idealizada pelo legislador Constituinte Originário, cuja preocupação foi não apenas democratizar o direito à saúde com qualidade e abrangência de atendimento, mas traçar as bases com que esse direito seria realizado.

Reservou percentuais fixos e inicialmente suficientes de repasses federais para o sistema de saúde, expressos no art. 55 do ADCT, mas não há notícias acerca de eventual fiscalização sobre se os valores vertidos à manutenção da rede pública de saúde equivaliam, de fato, a 30% do orçamento da seguridade social.

A falta de uma fiscalização efetiva desde a promulgação da Constituição Federal não permite a certeza de que o SUS tenha sido implementado, inicialmente, de acordo com o

contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

¹²⁵ MENDES, Àquilas. WEILLER, José Alexandre Buso. **Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS**. p. 499. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00491.pdf>>. Acesso em: 25/06/2018, às 22h58.

poder aquisitivo do percentual que lhe havia sido reservado. Ademais, com o decorrer do tempo, as alterações legislativas introduziram meios para que os ocupantes de cargos de comando pudessem utilizar-se de percentuais destinados à saúde para fins diversos por meio da desvinculação de receitas da União (DRU), por exemplo.

A renúncia fiscal conferida pelo governo a empresas do setor privado cujo objeto social é o direito à saúde é permitida pela Lei de Responsabilidade Fiscal desde que haja a demonstração de compensações de arrecadação ou de que os valores a que o governo renuncia não impactarão no cumprimento das metas fiscais. É uma forma de incentivar o crescimento da economia por meio da multiplicação de empresas privadas que se enquadram nessas hipóteses; contudo, é um meio de impedir que a população de baixa ou média renda possam ter livre acesso à saúde, pois não apresentam condições econômicas de aderir a um plano de saúde privado e, dada a redução na arrecadação tributária em decorrência das renúncias fiscais incentivadas sem o adequado estudo de impacto orçamentário, referida camada populacional tampouco terá acesso à saúde pública decente, haja vista que os esforços do governo volveram-se para o desenvolvimento da saúde privada e tudo aquilo que se deixou de verter ao erário – em razão das renúncias fiscais – reflexamente contribuiu para a redução do orçamento público destinado à manutenção da rede pública de saúde. Com isso, a renúncia fiscal promovida pelo governo com o escopo de promover o crescimento de empresas do ramo da saúde e compensar no valor de imposto de renda devido por pessoas naturais e pessoas jurídicas conveniadas a estas empresas consumidoras do produto “saúde” (que deveria ser apenas um “direito”) representa, na verdade, um aspecto econômico que obsta a efetivação do princípio da universalidade de atendimento.

A elitização do direito à saúde é a evidente realidade.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi inicialmente apontada por estudiosos e por integrantes do governo como o maior impeditivo para a contratação de pessoal capacitado para os quadros da saúde pública, além de ter sido indicada como fator de subdesenvolvimento do sistema público de saúde, dadas as normas expressas regulamentadoras de concessão de renúncias fiscais.

Contudo, o panorama traçado por meio de dados estatísticos mostra realidade diversa, em que as mazelas existentes na rede pública de saúde resultam não da lei ou da suposta precariedade orçamentária, mas de fatores como a desorganização orçamentária do governo em cumprir os percentuais constitucionais de repasses destinados exclusivamente à saúde, a utilização de formas de pulverizar os gastos da saúde como se fossem gastos diversos (por exemplo, a contratação de empresas terceirizadas para atuar na saúde pública como se fossem

empresas sem qualquer relação com a saúde pública), ou a concessão de renúncias fiscais desenfreadamente, instrumentalizando a saúde em favor do capital e provocando a bancarrota da rede pública de saúde, do que quase 70% da população brasileira é diretamente dependente.

O que se evidencia é que a Lei de Responsabilidade Fiscal não tem relação com a precariedade em que se encontra o Sistema Único de Saúde por não representar nenhum óbice jurídico ou legislativo, direto ou indireto, ao adequado funcionamento do sistema da forma como almejado pela Constituição Federal. Referida Lei Complementar teve o escopo de obrigar os administradores públicos a conferir mais transparência e, sobretudo, maior organização no trato com a coisa pública, o que não se verificava em razão da falta de comprometimento dos envolvidos na realização do SUS.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve o objetivo de traçar um paralelo entre a prestação da saúde pública pelo Estado de um lado e, de outro, o reflexo no desenvolvimento humano dos indivíduos que utilizam o Sistema Único de Saúde (SUS) consoante a maneira como o direito à saúde é realizado pelo Estado.

Para percorrer o caminho proposto, foi necessário abordar temas áridos como o funcionamento do SUS e os princípios constitucionais que norteiam sua existência, o desenvolvimento humano, a judicialização de políticas públicas e a existência de eventuais óbices à efetivação do direito à saúde propiciados pelo próprio Estado.

O trabalho foi composto de três capítulos, cuja temática foi fragmentada em tópicos para permitir com que o tema fosse abordado com densidade suficiente à compreensão de seu objeto.

O primeiro capítulo cuidou do direito à saúde e do desenvolvimento humano, com abordagem mais teórica sobre os conceitos e os princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde. Em seguida, foi delineado o conceito e o conteúdo do desenvolvimento humano tendo por parâmetro estudos publicados pelo economista indiano Amartya Sen, o que permite adaptar os limites do desenvolvimento humano à realidade, às necessidades e aos objetivos de cada indivíduo em cada sociedade. Em seguida, traçou-se um contraponto entre o conceito de justiça desenvolvido pelo economista Sen e o conceito de justiça desenvolvido pelo filósofo liberalista John Rawls, o que nos permitiu analisar a mesma questão de acordo com aspectos subjetivos da sociedade onde se insere cada estudioso.

Importante esclarecer que este estudo possui dois núcleos principais, distintos e de igual importância: a saúde e o desenvolvimento humano. A saúde foi abordada em um momento anterior por ser uma das causas do desenvolvimento humano e a inversão nessa ordem poderia acarretar certa incoerência lógica no decorrer da pesquisa ao discorrer da causa após a consequência. Contudo, a ordem de abordagem escolhida não indicou qualquer possível hierarquia entre os núcleos apontados ou prejuízos relacionados a essa escolha, o que comprova ter sido apenas uma escolha necessária à organização e desenvolvimento da própria pesquisa.

Delineadas as margens primeiras da pesquisa, o capítulo segundo cuidou dos meios jurídicos garantidores do direito à saúde, em que o indivíduo titular desse direito que eventualmente se encontre em uma situação na qual o Estado não o confira com qualidade, pode recorrer ao Poder Judiciário para obtê-lo.

Foram tratados temas como o mandado de segurança, ações coletivas, ações individuais e outras, que têm a atribuição de permitir com que o Poder Judiciário possa tutelar o bem da vida (individual ou coletivo) do autor dessas ações, sem ingressar no campo de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em alguns casos.

Para explicar o princípio constitucional da separação dos Poderes, fez-se necessário trabalhar o papel do Poder Judiciário nas garantias sociais, o que é comumente feito por meio do que a doutrina denominou de judicialização de políticas públicas e de ativismo judicial, tendo sido determinante que esse Poder adotasse um viés de instrumento para a efetivação do direito à saúde malversado pelo Poder Público e, por conseguinte, de garantidor do desenvolvimento humano.

No derradeiro capítulo, o escopo foi analisar como e se o Poder Público confere aos indivíduos o direito à saúde pelo prisma da questão econômica do Estado. Evidentemente, não basta que o legislador Constituinte Originário designe determinado bem da vida como “direito”: é fundamental que existam meios de realizar os comandos constitucionais, sob pena de a Lei Magna configurar nada além de uma carta de intenções.

Muito utilizada em ações individuais ou coletivas que tratam sobre o direito à saúde, a reserva do possível foi o tópico primeiro a ser dissecado, em que se concluiu pela absoluta atecnica do termo utilizado por ter sido importado do direito estrangeiro sem qualquer correspondência com sua realidade genética, tampouco sem qualquer padrão de utilização mesmo entre os operadores do direito nacional, que o suscitam indiscriminadamente em situações sem equivalência fática ou jurídica. O único ponto coincidente observado foi a questão econômica, o que permitiu a conclusão de que referido postulado é utilizado em referência exclusiva à reserva do economicamente possível. De toda maneira, doutrina e jurisprudência se esquivam de abordar o tema com densidade acadêmica, o que torna sua invocação superficial e indigna de acolhimento pelo Poder Judiciário.

Em seguida, foi abordada a teoria do custo dos direitos, que se relacionaria de maneira mais justa à ideia almejada através da utilização leviana do postulado anteriormente tratado.

A situação exigiu que o princípio da proibição do retrocesso social fosse tratado desde sua gênese até os dias atuais, dadas as alterações em seu entendimento provocadas pela crise econômica que assolou o continente europeu no início do século XXI, quando o constitucionalista Gomes Canotilho relativizou a utilização deste princípio.

Toda a principiologia tratada neste terceiro capítulo refere-se à questão econômica da realização dos direitos, a respeito do que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2.000)

trouxе alguns parâmetros de observância quanto à possibilidade de gastos dos administradores públicos para a efetivação de direitos.

Muitas críticas foram tecidas que apontavam referida Lei Complementar como a responsável pelas impossibilidades de utilização de capital estatal para uma melhor realização do direito à saúde. Duas foram expressamente abordadas e deduziu-se que a intenção única da LC 101/2.000 foi a proteção do erário e a responsabilidade do administrador na utilização dos recursos públicos, não existindo supostos contrassensos aptos a prejudicar a concretização do SUS.

Ainda que se considere a limitação de recursos estatais para serem utilizados no SUS, o que é fato em um país subdesenvolvido como o Brasil, esses recursos são, na realidade, superiores ao que é efetivamente utilizado atualmente, sendo falaciosas as afirmações de que o SUS contido na Constituição Federal seria situação alheia à realidade econômica brasileira. Isso porque os recursos existem e são subutilizados ou são desviados por meio de situações dadas por leis outras (a exemplo da Lei que criou a possibilidade de desvinculação de receitas da União (DRU) através da utilização da receita da Seguridade Social, que deveria financiar a realização da saúde com o percentual de 30% de toda sua arrecadação) que se utilizam da maior fonte de arrecadação tributária no Brasil (que é o orçamento da Seguridade Social) para a realização de necessidades outras de menor importância quando comparadas à saúde pública.

Nesse contexto, foi necessário discorrer sobre a reserva do possível, para comprovar que a “reserva” foi transportada para outras finalidades, e sobre o “possível”, haja vista que as possibilidades foram desviadas quando se observou a inversão de valores promovida pelos administradores públicos e pelos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo, que instrumentalizaram o direito à saúde em prol de situações outras não sociais.

Para essa conclusão, muitos dados estatísticos foram utilizados para permitir a análise sobre os recursos arrecadados pela Seguridade Social, os percentuais que seriam repassados à realização da rede pública de saúde nas esferas estadual e municipal, os gastos do sistema de saúde com pessoal, entre vários outros dados. Contudo, não foi possível atualizar todos os valores para o ano de 2.018, haja vista que, apesar de a Lei de Transparência determinar que todos os números públicos devam ser disponibilizados à população, o sítio eletrônico de Estados como Roraima (utilizado para a análise comparativa por ser o Estado com menor PIB do Brasil) exige cadastro prévio apenas de servidor público com “login” e senha específicos para a obtenção de referidos dados, o que impossibilitou que a pesquisa tivesse sido concluída com dados atuais. Por não ser esta pesquisadora servidora pública, o campo para cadastro não

foi encontrado. Para obter a informação necessária, foi enviado correspondência eletrônica para o email indicado no sítio eletrônico do referido Estado (transparencia@transparencia.rr.gov.br) sem que qualquer resposta tivesse sido fornecida até a presente data. Por isso, esta pesquisa se desenvolveu através de dados desatualizados.

Apesar disso, não há indícios de que a atualização dos percentuais utilizados teria o condão de alterar as conclusões desta pesquisa.

Apontar defeitos, sugerir justificativas evasivas ou meramente teóricas para o direito à saúde da maneira como é prestado não foi o objetivo, pois para afirmar ou para refutar a premissa sob análise era preciso dados estatísticos aptos a indicar o caminho a percorrer, por meio de dados obtidos nos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Diante de todo o exposto, é evidente que o direito à saúde foi delimitado pelo legislador Constituinte Originário em seus aspectos teórico e fático de maneira suficiente a que pudesse ser realizado com a condição de que o orçamento reservado a isso fosse utilizado com respeito e seriedade. O descompasso entre a prioridade desse Legislador e a dos ocupantes do governo é cabal, o que justifica os percentuais constitucionais não terem sido utilizados para as finalidades iniciais, mas terem sido pulverizadas entre outras prioridades de governo ainda obscuras (que não a realização do direito à saúde). É importante elucidar que a possibilidade de escolha na destinação do capital pelos governantes não significa, exatamente, a falta de recursos para a saúde. Os recursos econômicos existem e constam de reserva constitucional, mas compete aos gestores públicos realizarem, em primeiro plano, os comandos constitucionais, após o que será possível aferir, com exatidão, a hipótese ou não de efetiva ausência de recursos econômicos para a realização das demais necessidades do Estado.

Da maneira como se apurou a situação atual, há sérios indícios de que a saúde poderia ser ofertada aos indivíduos de uma maneira mais humana e mais efetiva, e a consequência seria permitir o desenvolvimento humano mais abrangente, com indivíduos atingindo seus patamares máximos de intelectualidade, de escolhas profissionais e pessoais, cujos reflexos na ordem econômica do País seriam indiscutíveis, com indivíduos saudáveis que produzem mais – mais trabalho, mais empregos e, com a economia mais ativa, haveria tendências de majoração do PIB nacional, mais felicidade geral coletiva e, evidentemente, mais cidadania e inclusive patriotismo, dada a gratidão pela liberdade subjetiva provocada pela promoção da saúde indiscriminada e, em contrapartida, menor gasto com tratamentos de doenças que poderiam ter sido evitadas por meio de medidas sanitárias preventivas (a exemplo de recentes surtos de doenças como a microcefalia em recém nascidos e a Síndrome de Guillain-Barré, ambas provocadas pelo Zika Vírus e a febre amarela, que sabidamente gerarão altos custos a

médio e longo prazo ao SUS), possível redução da violência urbana pois a população de baixa renda teria melhores oportunidades de adentrar no mercado formal de trabalho, reduzindo seu contato com a milícia que comanda mercados ilícitos como o de entorpecentes ou a comercialização de produtos de furto ou roubo; maior nível escolaridade, pois seria possível observar menor evasão escolar dada por fatores externos como a falta de alimentação, a existência de doenças que impeçam a criança de frequentar a escola, a necessidade do trabalho infantil para o sustento das famílias, entre outros, além da majoração da felicidade geral da população, decorrente do aumento das possibilidades de escolhas pessoais e profissionais que não tenham por fundamento único a subsistência.

Por meio da garantia do direito à saúde, é possível conferir ao cidadão o seu mais amplo direito de liberdade, para exercer qualquer atividade intelectual ou manual que lhe apraza e da forma como lhe convém. A falta da saúde ou mesmo sua instrumentalização em favor do capital, como tem feito o governo brasileiro, constituem a mais dura prisão em que o ser humano pode ser alocado: a prisão perpétua não declarada de uma doença social não catalogada.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Advocacia Geral da União – consultoria jurídica. **Intervenção judicial na saúde pública**. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Último acesso em 26/02/2018, às 22h09.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, 1997.

_____. **Sistemas jurídicos, princípios jurídicos y razón practica**. IV Jornadas Internacionales de Logica e Informática Jurídicas. San Sebastian. Setembro, 1988. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. Acesso em 24/03/2018, às 19h34.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. PINHEIRO, Roseni (coord.). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em 03/03/2018, às 9h45. P. 130.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

AZEVEDO, Daniela Grillo de. **Liberalismo e libertarismo: distribuição e igualdade**. Semana acadêmica do PPG em filosofia da PUC-RS. VIII ed. 2011.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 11.ed, São Paulo: Saraiva, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Da inefetividade à judicialização excessiva**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>>. Acesso em: 18/03/2017, às 8h54.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 26/03/2017, às 12h42.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p. 06. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 02/03/2018, às 15h01.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 03 Jul. 2018.

BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, Jose Sebastião dos. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial.** São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAILLÉ, Alain. **O princípio de razão, utilitarismo e o antiutilitarismo.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922001000100003>. Acesso em: 22/05/2017, 20h38.

CALCIOLARI, Ricardo Pires. **O orçamento da seguridade social e efetividade dos direitos sociais.** Curitiba: Juruá, 2012.

CANOTILHO, JJ Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNEIRO FILHO, José Cláudio. **A reserva do financeiramente possível e seus paradigmas.** Disponível em: <http://anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Jose_Claudio_Carneiro_Filho_a_reserva.pdf>. Acesso em: 27/03/2018, às 21h33.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Publicado no IV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em julho 2004. P. 117. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 17/02/2018, às 20h06.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Poderes e deveres dos administradores públicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo – parte geral, intervenção dos Estados e estrutura da administração.** Salvador: Juspodivm, 2008.

COHN, Amelia; NUNES, Edison; JACOBI, Pedro R; KARSCH, Ursula. **A saúde como direito e como serviço.** 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03/07/2018, às 9h11.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 31/05/2018, às 11h40.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo3>>. Acesso em: 31/05/2018 às 15h24.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: <https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 31/03/2018, às 11h54.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIOCRUZ. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/sau.html>>. Acesso em: 16/03/2017, às 22h04.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento: enfoque histórico-estrutural**. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, Emerson. **Princípio da separação dos poderes: os Órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=4882374a-7358-4b39-a900-666413d9313a&groupId=10136>. Acesso em: 19/02/2018, às 23h22. P. 07.

Governo do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4204434/4101424/memoria16.pdf>>. Acesso em: 26/03/2017, às 11h43.

HEINEN, Juliano. **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECCESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UM_A_OPCAO_TRAGICA.pdf>. Acesso em: 29/03/2018, às 15h29.

LYNCH, Christian Edward Cyril. MENDONÇA, Jose Vicente Santos de. Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-974.pdf>>. Acesso em: 16/02/2018, às 20h45.

LOBATO, Lenaura V. C. FLEURY, Sonia. (Org.). **Seguridade Social, cidadania e saúde**. Rio de Janeiro: Cebes, 2009.

MACEDO, J.J. CORBARI, E.C. **Efeitos da lei de responsabilidade fiscal no endividamento dos municípios brasileiros: uma análise de dados em painéis**. Rev. Contab. Finanças, 2009.

MACHADO, Antonio Alberto. **Elementos de teoria dos direitos fundamentais**. 1.ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Leonardo. **O critério da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros**. Disponível em: <<http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/701-cd/v03n05/6496-proporcionalidade-como-criterio-de-controle-de-constitucionalidade-problemas-de-sua-recepcao-pelo-direito-e-jurisdicao-constitucional-brasileiros1.html>>. Acesso em: 15/04/2018, às 12h25.

MATTOS, Ruben de Araújo. PINHEIRO, Roseni. Org. **Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde**. Rio de Janeiro: UERJ, IMS: ABRASCO, 2006.

MEDEIROS, Katia Rejane de et al. **Lei de responsabilidade fiscal e despesas com pessoal da saúde: uma análise da condição dos municípios brasileiros no período de 2004 a 2009**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n6/1413-8123-csc-22-06-1759.pdf>>. Acesso em: 18/06/2018, às 22h36.

MENDES, Àquilas. WEILLER, José Alexandre Buso. **Renúncia fiscal (gasto tributário) em saúde: repercussões sobre o financiamento do SUS**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00491.pdf>>. Acesso em: 24/06/2018, às 13h11.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação e saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2002.

Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/historico>>. Acesso em: 26/03/2017, às 11h33.

Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 18/04/2017, 21h37.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLSEN, Ana Carolina. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível**. Dissertação de mestrado Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2003. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs>>. Acesso em: 30/03/2018.

OUTEIRO, Gabriel Moraes de; OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de; NASCIMENTO, Durbens Martins do. **A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 11, n. 2, p. 47-81, ago. 2016. DOI 10.5433/1980-511X.2016v11n2p47. ISSN: 1980-511X.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. **Mensuração dos gastos tributários: o caso dos planos de saúde – 2003-2011**. Brasília, DF: Ipea, 2013. Polis Enciclopedia Verbo da sociedade e do Estado (antropologia direito economia ciência política). 2. Ed.. São Paulo. V. 5. Verbo, 2000.

PANSIERI, Flávio. **A crítica de Amartya Sen à concepção Rawlsiana de justiça**. p. 192. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00181.pdf>>. Acesso em: 23/05/2018, às 10h43.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21264-21265-1-PB.pdf>> Acesso em: 23/04/2018, às 21h43.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBAS, Giovanna Paola Primor. FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. **A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/44artigo2.pdf>>. Acesso em: 25/02/2018, às 19h57.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

_____. **A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

_____. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. N. 21 – março/abril/maio 2010- Salvador-BA – Brasil. ISSN 1981-1888.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 31/03/2018, às 12h50.

SAYD, P.D. **Renúncia fiscal e equidade na distribuição dos recursos para a saúde**. Dissertação (mestrado). Fundação Oswaldo Cruz: Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas. Ministério da Saúde, Secretaria Executiva – Brasília: Ministério da Saúde, 2000. P. 31. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 26/03/2017, às 16h11.

SPEDO, Sandra Maria. **Desafios para implementar a integralidade da assistência à saúde no SUS: estudo de caso no Município de São Paulo (SP)**. Tese (doutorado em Saúde Pública). USP. São Paulo, 2009.

STF, *DJU* 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=70165&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14/02/2018, às 10h40.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

The Economist Journal. Obituário da versão impressa do jornal. Publicado em 23/07/1998. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/169653>>. Acesso em: 01/05/2017.

VIANNA, Luis Werneck. BURGOS, Marcelo Baumann. SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social – Revista de Sociologia da USP. V. 19. N. 2. P. 66.

WEYNE, Gastão Rubio de Sá. **Igualdade e poder econômico**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

ANEXO I

ANEXO II

ADPF 45-9 – Distrito Federal

Relator: Min. CELSO DE MELLO DJ DATA-04/05/2004 P - 00012

ARGTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)

ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Julgamento: 29/04/2004

Despacho

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). **DECISÃO:** Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional

sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59..... . § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição

de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na

Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de

ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma

existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. 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 constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que

venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril

de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator

Tabela 1 - Produto Interno Bruto (valores correntes) - Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação - 2010-20

Brasil, Grandes Regiões e Unidades da Federação	Produto Interno Bruto (1 000 000 R\$)				
	2010	2011	2012	2013	2014
Brasil	3 885 847	4 376 382	4 814 760	5 331 619	5 778 953
Norte	207 094	241 028	259 101	292 442	308 077
Rondônia	23 908	27 575	30 113	31 121	34 031
Acre	8 342	8 949	10 138	11 474	13 459
Amazonas	60 877	70 734	72 243	83 051	86 669
Roraima	6 639	7 304	7 711	9 011	9 744
Pará	82 685	98 711	107 081	121 225	124 585
Amapá	8 238	9 409	11 131	12 763	13 400
Tocantins	16 405	18 346	20 684	23 797	26 189
Nordeste	522 769	583 413	653 067	724 524	805 099
Maranhão	46 310	52 144	60 490	67 695	76 842
Piauí	22 269	25 941	28 638	31 284	37 723
Ceará	79 336	89 696	96 974	109 037	126 054
Rio Grande do Norte	36 185	40 993	46 412	51 518	54 023
Paraíba	33 522	37 109	42 488	46 377	52 936
Pernambuco	97 190	110 162	127 989	141 150	155 143
Alagoas	27 133	31 657	34 650	37 283	40 975
Sergipe	26 405	29 108	32 853	35 336	37 472
Bahia	154 420	166 603	182 573	204 844	223 930
Sudeste	2 180 988	2 455 542	2 693 052	2 948 744	3 174 691
Minas Gerais	351 123	400 125	442 283	488 005	516 634
Espírito Santo	85 310	105 976	116 851	117 274	128 784
Rio de Janeiro	449 858	512 768	574 885	628 226	671 077
São Paulo	1 294 696	1 436 673	1 559 033	1 715 238	1 858 196
Sul	620 180	696 247	765 002	880 286	948 454
Paraná	225 205	257 122	285 620	333 481	348 084
Santa Catarina	153 726	174 068	191 795	214 512	242 553
Rio Grande do Sul	241 249	265 056	287 587	332 293	357 816
Centro-Oeste	354 816	400 153	444 538	485 623	542 632
Mato Grosso do Sul	47 271	55 133	62 013	69 203	78 950
Mato Grosso	56 601	69 154	79 666	89 213	101 235
Goiás	106 770	121 297	138 758	151 300	165 015
Distrito Federal	144 174	154 569	164 101	175 907	197 432

Fonte: IBGE, em parceria com os Órgãos Estaduais de Estatística, Secretarias Estaduais de Governo e Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA.