

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II**

**ILTON GARCIA DA COSTA**

**JUVÊNIO BORGES SILVA**

**CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-184-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.  
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



**CONPEDI**

Conselho Nacional de Pesquisa  
e Pós-Graduação em Direito

# XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

## DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

---

### **Apresentação**

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o País atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento político de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

**UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO  
DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.**

**AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO HEALTH FROM THE DEMOCRATIC RULE  
OF LAW ESTABLISHED IN THE 1988 CONSTITUTION.**

**Luciano Monsores Casemiro <sup>1</sup>**  
**Henrique Sampaio de Azevedo <sup>2</sup>**

**Resumo**

O presente trabalho teve como objetivo explorar as dimensões do direito à saúde quando observado o papel do Poder Judiciário em um contexto de um Estado Democrático de Direito. O direito à saúde foi conceituado e exposto às controvérsias existentes quando levado à juízo a fim de que seja concretizado em face do Estado. Destacou-se a importância da Constituição de 1988 no processo de entendimento e realização do direito à saúde em uma sociedade repleta de desigualdades sociais.

**Palavras-chave:** Direito à saúde, Constituição de 1988, Estado democrático de direito, Políticas públicas

**Abstract/Resumen/Résumé**

This study aimed to explore the dimensions of the right to health when observing the role of the Judiciary in the context of a Democratic State. The right to health was conceptualized and exposed to controversies when brought to court in order to be implemented against the State. It was stressed the importance of the 1988 Constitution in the process of understanding and realization of the right to health in a society full of social inequalities.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Right to health, 1988 constitution, Democratic rule of law, Public policy

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

## INTRODUÇÃO

Um dos principais problemas do Poder Judiciário brasileiro na atualidade tem sido enfrentar as demandas por direitos que necessitam de atividade do Estado, dentre os quais o direito à saúde. O número de processos que chegam ao Judiciário com este tema é extenso, e em sua maioria buscam a tutela estatal quanto ao fornecimento de medicamentos, de tratamentos específicos, órteses, próteses, e afins, demandando recursos que são limitados.

O direito à saúde é reconhecido na Constituição brasileira de 1988 como um direito social, estando incluso no título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. A norma fundamental reforça, ainda, ser dever do Estado, em sentido amplo, garanti-lo mediante políticas públicas sociais e econômicas, a fim de ser possível sua existência de forma universal e igualitária.

Propõe-se com este trabalho discutir o papel do Estado brasileiro em relação ao direito à saúde, passando pela análise de dois dos argumentos mais utilizados quando o tema alcança a Justiça: a individualização da proteção pela via judicial, e o limite orçamentário para a provisão de tal direito.

### 1 O ESTADO BRASILEIRO E O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL

Há quase três décadas, foi promulgada a presente Constituição Federal, fruto da Assembleia Constituinte de 1986/1988, um marco para a democracia brasileira, e para o Direito. Nesta Carta foram construídos os pilares da atual sociedade em relação aos seus direitos e deveres, com o objetivo, dentre outros não menos importantes, de construir uma República pautada na dignidade da pessoa humana, capaz de diminuir as desigualdades e os problemas sociais.

A preocupação social da Constituição se faz pelo reflexo da evolução brasileira como um Estado. Após anos de um regime autoritário, a transição para um regime democrático trouxe consigo uma Lei-maior que retrata as necessidades de um Estado Social que não fora implementado no Brasil. O país atravessou as crises liberais, onde era vista a recorrente ajuda do Estado ao capitalismo diante das promessas da modernidade, como nas políticas do chamado “*Welfare State*”<sup>1</sup>, e não vivenciou o intervencionismo com fins corretivos de desigualdade social. Não foi uma falha exclusiva do Brasil, sendo um fenômeno que atingiu também a América Latina, onde os

países tem em comum um “processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica”, o que não permitiu “a gestação e o florescimento de um Estado de Bem-Estar Social ou algo que a ele se assimilasse”<sup>2</sup>.

As experiências intervencionistas, que deveriam buscar o desenvolvimento da nação, só serviram para aumentar ainda mais as desigualdades sociais, com o acúmulo de capital e de poder para somente parte da população. Diante deste cenário, vem o art. 3º da atual Constituição<sup>3</sup>, reafirmando a necessidade do Estado de possuir características de transformação da sociedade e da realidade, e isto se faz através da fórmula de um Estado Democrático de Direito.

Tal modelo vem tentar dirimir os problemas sociais brasileiros causados por uma exclusão social que assola as regiões mais pobres, dificultando o acesso à saúde, à educação, e a todos os bens mais básicos para uma vida digna. É um fenômeno que atinge inclusive as áreas tidas como desenvolvidas, pois o desemprego impossibilita o crescimento individual e qualitativo das pessoas, criando-se obstáculos sociais pelas dificuldades do convívio em cidades geradoras de exclusão<sup>4</sup>.

## **2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SAÚDE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Em um Brasil deficitário de direitos, o Estado Democrático de Direito surge com o objetivo de dar fim a este cenário social de desigualdades. Não é somente concretizar o ideal de vida boa do Homem, é inculcar na sociedade a mentalidade de reconstrução democrática. A ação se dá pela lei, e a Constituição toma para si o protagonismo, ultrapassando as fórmulas dos Estados Liberais e Sociais<sup>5</sup> por conta dessa normatividade que o Estado recebe. É uma ruptura formal e material diante uma Carta Magna diretiva e compromissória com os direitos fundamentais, que busca mudar a realidade brasileira.

Neste sentido, a importância do Direito é reconhecida junto à jurisdição constitucional como instrumentos de revolução social, apesar de a maior preocupação na produção do Direito ainda sejam conflitos interindividuais em uma sociedade complexa repleta de debates transindividuais. Não se afirma, contudo, que as discussões através do Legislativo e do Executivo estão abandonadas, pois são essenciais, mas há um deslocamento da atenção para o Judiciário, que vem a suprimir as ações daqueles através de “mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado



Democrático de Direito”<sup>6</sup>. Isto não quer dizer que o Poder Judiciário será a solução para todos os problemas, nem quer dizer que este modelo de Estado defende um “*Super Poder*”, pois será exigido rigor quanto ao controle das decisões judiciais.

A Constituição de 88 não se restringe a organizar o Estado brasileiro, pois este se torna compromissado com as diretrizes expostas por ela. Os direitos lá positivados, ainda que não estejam em perfeita possibilidade de realização, demonstram um caminho a ser seguido pelos poderes. A manifestação do constitucionalismo do segundo pós-guerra é uma conquista, e deve ser aplicado a partir de uma jurisdição constitucional. Neste cenário a Constituição ultrapassa o controle de constitucionalidade para se tornar “norma diretiva fundamental”<sup>7</sup>, a garantia dos valores constitucionais que urgem por serem realizados.

Pelo não florescimento das promessas oriundas da modernidade no Brasil, a Constituição veio com o intuito de concretizar esses ideais, frutos de lutas históricas pela dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais<sup>8</sup>, largamente positivados na presente carta constitucional, aparecem, então, como garantidores deste objetivo de reforma do Estado, pelo Estado. É uma evolução normativa, dando-se importância a lei, ao direito positivado (não é positivismo jurídico<sup>9</sup>), assumindo-se que a transformação da sociedade se dá através das garantias fundamentais, ou melhor, pelos chamados direitos sociais fundamentais.

Reconhecidamente um direito fundamental-social pelo art. 6º da Constituição Federal<sup>10</sup>, a saúde se torna um compromisso estatal (dever fundamental) perante a sociedade dentro desta perspectiva de um Estado Democrático de Direito. Ainda na carta magna, a partir do art. 196<sup>11</sup>, o bem fundamental da saúde recebe diretrizes para sua concretização através de políticas sociais e econômicas, valorizando o ser humano como receptáculo de direitos que garantem uma vida digna.

Cumprido ressaltar que os direitos sociais, segundo a doutrina de José Afonso da Silva<sup>12</sup>, devem ser conceituados “como dimensão dos direitos fundamentais do homem”, garantidos por “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais”, estando intimamente ligados à isonomia na sociedade. E como um direito social, o direito à saúde pode ser visto como de natureza negativa (direito de defesa), com a garantia de que não ocorrerão atos oriundos de terceiros (incluindo o Estado) que venham a prejudicar a saúde; bem como de natureza positiva (direito prestacional), demandando atitudes estatais para preservar este direito.

A tese que aqui se emparelha é de que todos os direitos sociais são fundamentais<sup>13</sup> independentemente de sua posição na constituição, ou até mesmo nos casos em que há o reconhecimento por tratados internacionais pelo Brasil.<sup>14</sup>

A saúde deve ser abordada neste contexto constitucional por sua dimensão prestacional, como um direito a uma ação positiva fática por parte do Estado: não importa a forma jurídica que a satisfação irá ocorrer, desde que ela ocorra. Este entendimento possui guarida no trabalho do Professor Robert Alexy<sup>15</sup>, que entende os direitos fundamentais sociais como sendo direitos a prestações em sentido estrito, ou seja, “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>16</sup>. Esta dimensão é adotada por conta da problemática questão de uma população com poucos recursos, carente da realização de direitos e que, a cada dia, busca no Judiciário o tratamento de saúde adequado à sua moléstia.

Como bem destaca Gustavo Amaral, os magistrados se encontram em situação difícil diante da “possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevivência não de ‘alguém’, mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro de pessoas físicas”<sup>17</sup>. Somado a isso, a contra-argumentação empregada pelo Poder Público é por vezes mal empregada, prolongando demandas que ocasionalmente tem o tempo como mais um adversário.

É diante deste conflito de interesses que surge o problema do direito à saúde, sendo importante estruturar sua relação com o Direito a fim de que se entenda o comportamento do Estado brasileiro.

### **3 A CONTROVÉRSIA DA SAÚDE COMO DIREITO INDIVIDUAL**

As constantes disputas judiciais são municiadas pelo questionamento da possibilidade de o direito à saúde ser postulado por um único indivíduo em face do Estado, a partir do momento em que parte dos juristas defende a coletividade deste direito. Isto é, seguindo a posição dos últimos, pela Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, deve ser garantido de forma universal e igualitária para todos, em um contexto coletivo, não admitindo que um indivíduo use desta proteção constitucional para promover um bem único a si mesmo em detrimento do social.

Assim entende, por exemplo, o Professor António José Avelãs Nunes<sup>18</sup>, que a partir do art. 196 da Constituição concebe a saúde como um direito coletivo de acesso

universal e igualitário, aplicável através de políticas públicas, e não restrito ao tratamento de doenças, mas que priorize a sua prevenção. Para este autor, os direitos sociais, econômicos e culturais devem ser vistos como coletivos em sua definição, não cabendo aos magistrados que são provocados por demandas individuais decidir por sua realização, pois tais posicionamentos só contribuiriam para prejudicar a capacidade de concretização de políticas públicas pelo Estado e estimular desigualdades no acesso a bens fundamentais<sup>19</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento está Fernando Facury Scaff, que distingue o direito à saúde, que no caso concreto tem um alcance individual, de um direito social, pois os direitos sociais não poderiam ter um “núcleo jurídico unitário”, precisando ter objetivo e alcance coletivo para assim serem definidos<sup>20</sup>. E ainda é mais enfático, caracterizando tais medidas de distribuição de medicamentos, e tratamentos, via Judiciário como a concretização de um direito individual, um “plano de saúde privado”, redistribuindo-se dinheiro que teria outros fins pelo Legislativo e Executivo<sup>21</sup>. Em suas palavras, estas decisões judiciais propiciariam “um financiamento público da saúde do indivíduo ‘X’”<sup>22</sup>.

Concluindo este posicionamento do Professor Scaff, entende-se que esta corrente doutrinária visualiza que a concretização de um direito social como a saúde não pode se dar através de medidas que beneficiem somente um indivíduo, descaracterizando a própria noção de direito social, e ferindo, inclusive, o princípio da isonomia. Uma única pessoa recebendo do Estado milhões pelo seu tratamento, através de uma decisão judicial, confirma somente que esta atitude provoca desigualdade no acesso à saúde<sup>23</sup>.

Na contramão destes pensamentos se posiciona o Professor Ingo Wolfgang Sarlet. A partir da sustentação da ideia de que os “direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual”<sup>24</sup>, não admite a confusão destes como direitos coletivos, que, segundo o autor, “não se distinguem, nem por sua titularidade, nem por sua função e estrutura jurídica, dos direitos individuais”<sup>25</sup>. Como única ressalva, os direitos chamados de terceira dimensão<sup>26</sup> poderiam ser vistos como manifestações de titularidade coletiva, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, Sarlet entende como equivocada a tese que impediria o requerimento individual de direitos sociais em Juízo, dentre os quais a saúde, pela simples afirmação de que estes seriam bens coletivos, e que somente por ações coletivas existiria a devida proteção a estes bens. Por mais que o direito à saúde possua uma dimensão

transindividual, ele continua a pertencer a cada pessoa individualmente, embora reconheça que a tutela coletiva, em alguns casos, possa ser mais efetiva. Os direitos sociais, portanto, não são exclusivamente bens coletivos, sendo também, direitos individualizáveis<sup>27</sup>.

Ao que indicam os números<sup>28</sup> de ações que tratam de direito à saúde, o panorama tende a ser a favor desta última corrente. Isto se dá pela quantidade de condenações que o Estado recebe a fim de que se cumpra este direito social prestacional para indivíduos isoladamente, possibilitando uma breve ideia de que tais demandas são, ao menos, bem recepcionadas pela jurisprudência brasileira, muito embora ainda haja divisão de opiniões a respeito.

#### **4 O LIMITE ORÇAMENTÁRIO**

Quando se aborda o direito à saúde a partir de um viés garantidor, há tópicos que produzem infinitas controvérsias na doutrina e jurisprudência, e o que mais tem alcançado este grau de complexidade é o fator econômico que tal direito enfrenta. A argumentação é construída sobre conceitos advindos de outras ciências, principalmente a economia, a fim de sustentar algum posicionamento a favor, ou contra, a ação do Judiciário neste âmbito.

Apesar de ser mais fácil visualizar a saúde sendo requerida como uma ação positiva fática que gera gastos, principalmente em questões de distribuição de medicamentos, não se deve restringir, com o fim de argumentação, que somente os direitos que necessitam de uma ação positiva do Estado são custosos. Não há como negar que o problema econômico dos direitos também atinge os direitos de liberdade, mas salienta-se que no caso dos direitos às prestações do Estado este ônus financeiro fica mais claro<sup>29</sup>.

Assim, admitindo-se o pensamento econômico, não é possível negar que a efetividade (no sentido de real concretização) dos requerimentos de saúde no Judiciário está sujeita à existência em caixa dos valores necessários conforme cada situação. A saúde custa dinheiro e por isso não pode ser tratada como absoluta<sup>30</sup>, sendo protegida pelo Judiciário sem gerar qualquer tipo de consequência financeira ao Estado.

A origem do orçamento para a prestação de serviços públicos e assistência social, via de regra, é através de mecanismos de tributação. A saúde, assim, não fugiria à regra, sendo custeada, em sua maior parte, pela população (pessoas físicas) e pelas empresas,

retendo os recursos com o Estado para dar a estes o fim público necessário. Este custeio pode se dar, inclusive, por impostos. Em seu conceito não é permitida a vinculação do arrecadado à determinada despesa, porém a mesma Constituição que proíbe esta ação excepciona que tais valores sejam vinculados à saúde, conforme o inciso IV do art. 167. Tal fenômeno ocorre também com as contribuições da seguridade social atreladas para o financiamento do sistema de saúde, conforme previsão do § 1º do art. 198 da Constituição Federal.

A partir de uma noção de quanto o Estado irá arrecadar e gastar, este constrói o seu orçamento através do plano plurianual<sup>31</sup>, das leis de diretrizes orçamentárias<sup>32</sup> e de leis orçamentárias<sup>33</sup>, onde ocorrem as “escolhas” dos gastos, do que atender e o que não (*trade-off*).<sup>34</sup> É uma questão de planejamento que compete ao Executivo e Legislativo organizar a fim de realizar as disposições Constitucionais, lembrando que esta Carta pressupõe um Estado Democrático de Direito.

Sabendo-se que o Brasil possui uma das maiores cargas tributárias do mundo, mas que tem um dos piores desempenhos em retribuição desta arrecadação através da conversão em benefícios para a população<sup>35</sup>, é importante observar quanto o Estado brasileiro destina de receita para os gastos com saúde. Segundo pesquisa do IBGE, por exemplo, o Estado de São Paulo teria como orçamento total no ano de 2013 a quantia aproximada de R\$ 195 bilhões, mas a previsão de gastos com saúde não alcançaria os R\$ 19,7 bilhões, o que representa um investimento de 10,1% da receita em saúde<sup>36</sup>. No entanto, ao se analisar a questão judicial através da pesquisa da Secretaria de Saúde de São Paulo até Maio de 2010, este mesmo Estado era réu em 23.521 demandas relativas à saúde (23.003 ativas) que buscavam o seu viés prestacional. Destas, 66,1% eram referentes a medicamentos e 30,5% a materiais. Neste cenário, a pesquisa estipula que os gastos com estas ações deveriam alcançar o valor de R\$ 512 milhões, e que os meios processuais utilizados pelos indivíduos era principalmente o mandado de segurança (51%) e ações que seguiam o rito ordinário (41%).<sup>37</sup>

Em âmbito federal, a questão dos valores referentes às ações judiciais de saúde chama mais atenção. Segundo os riscos fiscais presentes no Anexo V da Lei de Diretrizes Orçamentárias nº 12.919 de 2013, caso a União fosse derrotada em todas as demandas deste tipo (não foram contabilizadas as ações de risco remoto, nem as de risco certo, ou as que os valores já estariam previstos em orçamento) o impacto seria de R\$ 3,93 bilhões, sendo que o orçamento para aquele ano do Ministério da Saúde foi de aproximadamente R\$ 99,8 bilhões<sup>38</sup>.

Estes significativos valores referentes aos gastos com ações judiciais que tem a saúde como objeto tendem a crescer com o passar do tempo, o que estimula aqueles que apoiam uma análise econômica do direito<sup>39</sup> a enfrentar estas situações. Consoante a contribuição da Economia, o planejamento orçamentário em relação às despesas com direitos fundamentais deve ser elaborado de forma cautelosa a despeito dos anseios desenfreados de uma sociedade carente de recursos. Os teóricos econômicos argumentam, ainda, que os gastos com saúde devem atender o maior número de indivíduos possível, dentre os que mais necessitem, evitando, assim, perdas e garantindo maior efetividade.<sup>40</sup>

Através da análise econômica do direito as políticas públicas devem ser racionais, eficientes, e, *a priori*, serem produzidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Não seria adequado que coubesse ao Judiciário o controle de tais políticas, ressaltados seus efeitos redistributivos da assistência e seguridade social. Em alguns casos, seria apenas uma única pessoa, o magistrado, a responsável por alocar os recursos do orçamento estatal, divergindo dos eleitos pela sociedade.

Neste sentido, o Professor Luciano Benetti Timm é enfático em caracterizar o Judiciário como uma entidade presa a princípios, e impossibilitada de realizar planejamento de políticas públicas. Com isto, transfere esta responsabilidade de dar eficiência aos recursos públicos a sujeitos pertencentes às áreas de administração, economia e contabilidade. Seu intuito é, desde o princípio, dar maior efetividade aos mandamentos constitucionais alcançando o maior número de pessoas, e não indivíduos específicos.<sup>41</sup>

Scaff defende uma maior atividade do Legislativo, que é o responsável por produzir a organização do orçamento, estipulando o caminho a ser seguido pelos administradores. Prioridades de curto e médio prazo a serem implantadas são chamadas de “discrecionabilidade do legislador”<sup>42</sup>, salientando que as de longo prazo são previstas constitucionalmente. Não obstante, agasalha uma “discrecionabilidade administrativa”<sup>43</sup>, cercada pelas normas constitucionais, pois é tarefa do Executivo fazer cumprir a lei em seus limites orçamentários e diretivos. Este autor, no entanto, não priva o Judiciário de proferir sentenças que venham a possibilitar o exercício de direitos em face do Estado (sentenças aditivas<sup>44</sup>), desde que se usem os instrumentos processuais adequados para tanto, como o Mandado de Injunção presente no art. 5º, inciso LXXI da presente Constituição<sup>45</sup>.

A tese de que o Judiciário quando age no sentido de prover medicamentos ou tratamentos para indivíduos estaria realizando políticas públicas, e invadindo o orçamento projetado pelos Poderes Legislativo e Executivo, é afirmada por Avelãs Nunes. Para ele o Estado Democrático deve possuir um “Poder Judiciário independente”, mas que não governe<sup>46</sup>. O magistrado não tem legitimidade para alterar as diretrizes financeiras já estipuladas, pois não é sua competência constitucional<sup>47</sup>.

É criado um impasse pelas críticas ao Judiciário que invade o âmbito de ação dos outros poderes, lesando o orçamento e impossibilitando a máquina pública de funcionar segundo as diretrizes expostas nas leis orçamentárias. Desta forma, surge na doutrina e na jurisprudência o limite do orçamento levado da economia para o Direito sob o véu da tese da “Reserva do Possível”, oriunda da Alemanha.

Este limite financeiro direcionado para a harmonização econômica geral adveio de decisão do Tribunal Constitucional alemão, onde a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) é entendida como sujeição da concretização de direitos subjetivos sociais por parte do Estado à disponibilidade de recursos deste<sup>48</sup>. Isto foi desenvolvido em decisão do referido Tribunal que tratou por recusar “a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos”<sup>49</sup>, uma verdadeira limitação fática do que pode ser exigido pelo indivíduo da coletividade, o que é estritamente ligado à racionalidade<sup>50</sup>.

Os já citados defensores da análise econômica do direito obtiveram nesta teoria um grande aliado, pois “como não há recursos para atender a todos os pedidos baseados em direitos fundamentais previstos na Constituição, é imperioso que alguns desses pedidos, quando apresentados em juízo, sejam rejeitados”<sup>51</sup>. É uma vastidão de “necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais”<sup>52</sup> que enfrenta escassez subsídios públicos, o que leva o Estado a realizar a escolha adequada a esta situação.

O Professor Ingo Sarlet, autor que é moderado ao reportar a reserva do possível como um limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, conclui por uma dimensão tríplice deste conceito: “a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos”, “a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos”, e “a proporcionalidade de prestações” quanto à sua exigibilidade e razoabilidade.<sup>53</sup>

Este mesmo autor entende que tal argumento pode servir como proteção dos próprios direitos fundamentais, principalmente quando ligado ao mínimo existencial. No entanto, se opõe à insistente prática jurídica de utilizar deste conceito para coibir, genericamente, a intervenção judicial e justificar a omissão do Estado em prover as

necessidades sociais<sup>54</sup>. A transparência do manejo dos recursos públicos é de grande importância, visto que não se deve aplicar a reserva do possível como uma espécie de “reserva de cofres cheios”, pois, assim, teríamos o distanciamento do Direito, e as opções do Constituinte seriam desprezadas<sup>55</sup>.

Alexy já afirmava que a competência orçamentária do legislador não era absoluta diante de direitos individuais, embora reconheça o custo dos direitos sociais<sup>56</sup>. No entanto, rechaça a negativa de justiciabilidade a estes direitos por conta do princípio da separação dos poderes, e pela reserva do possível, a fim de que não os reduzam a mero enunciado programático, visto que eles vinculam. Desta forma, “se um direito existe, ele é justiciável”<sup>57</sup>.

A partir de então, estas correntes que fazem da reserva do possível um verdadeiro limite à concretização de direitos sociais e a intervenção judicial neste âmbito veem surgir posicionamentos contrários, inclusive no Supremo Tribunal Federal<sup>58</sup>, que buscam moderar este pensamento econômico ao introduzi-lo no estudo jurídico dos direitos fundamentais. Defendem a maximização de atendimentos, mas não excluindo as ações individuais, pautando-se, para tanto, na própria Constituição de 88, e indicam a possibilidade de remanejamento de recursos de áreas não tão próximas ao direito à vida *lato sensu*<sup>59</sup>. Há uma crítica desta recepção da teoria da reserva do possível pela doutrina e jurisprudência brasileira, pois o contexto socioeconômico do país é diferente dos países centrais e desenvolvidos, como o caso da Alemanha de onde surgiu este conceito. Deve-se lembrar de que o Estado Social não foi implantado no Brasil, que se encontra em transição para um Estado Democrático de Direito. Então, não se pode simplesmente reduzir as ações estatais e os direitos subjetivos sem observar esta situação.

Seria irresponsabilidade não reconhecer a delicadeza da questão, e que os direitos sociais geram custos. No entanto, em breve ilação, as ações judiciais individuais (em muito dos casos) tem força para concretizar o direito social à saúde, como nos casos em que o pedido se faz para a obtenção de medicamentos já listados pelo Sistema Único de Saúde para distribuição gratuita, mas que não ocorre por má gestão da Administração. Não obstante, se admite, também, que as ações coletivas teriam maior alcance, e melhor aproveitamento à sociedade diante os problemas de escassez de recursos. Porém, questiona-se se realmente é o orçamento o maior limite à ação do Judiciário nestes casos, diante das vultosas quantias arrecadadas pelo Estado, e sua adequação como Democrático e de Direito, em um cenário de relevante destaque para a Constituição Federal.



## CONCLUSÃO

O que foi exposto no presente trabalho demonstrou a situação do Brasil e sua responsabilidade com o direito à saúde como um direito fundamental social, além de apresentar alguns dos principais problemas sustentados para sua concretização.

Apesar de existirem críticas sobre a possibilidade de individualizar este direito, o Judiciário se mostra receptivo à tese de que a saúde antes de ser um bem coletivo é pertencente ao indivíduo, à dignidade humana.

Neste caso, ao visualizar a grande demanda por este bem nos tribunais brasileiros, partiu-se da ideia de que a Constituição não deve ser reduzida a uma simples lista de direitos que devem ser concretizados quando a Administração entender cabível, pois ela deve ser levada a sério. Como Dworkin, “se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério”<sup>60</sup>, e para fazer isto, deve-se levar a sério o Direito como ciência, e compreender que o problema de direito à saúde deve ser enfrentado em um Estado Democrático de Direito pela jurisdição constitucional.

## LISTA DE REFERÊNCIAS

<sup>1</sup> O Estado do Bem-Estar Social não surge como um regulador para somente garantir as liberdades individuais, são políticas que buscam combater uma crise social, garantindo mínimas condições de existência, além de uma participação ativa no mercado. Neste sentido, Cf. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 60-61.: “Resumidamente, pode-se dizer que o *Welfare State*, como já demonstrado anteriormente, emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, das crises da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado originalmente na segunda década do século XX (México, 1917, e Weimar, 1919). O new deal americano de Roosevelt, o keynesianismo e a política social do pós-Segunda Guerra na Inglaterra estão entre os fatores relevantes que demonstram a estrutura que está se montando. Com a I Guerra Mundial, tem-se a inserção definitiva do Estado na produção (indústria bélica) e distribuição (alimentos, etc.); com a crise de 1929, há um aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores; nos anos 1940, há a confirmação desta atitude interventiva, instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a ser protegidos contra dependências de curta ou longa duração”.

<sup>2</sup> MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 62.

<sup>3</sup> Art. 3º da Constituição Brasileira de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>4</sup> Cf. Excelente estudo social realizado pela Professora Lilian Balmant Emerique: “No Brasil a exclusão social segue com manifestações generalizadas. A velha exclusão marca as regiões geográficas menos

desenvolvidas, devido à baixa escolaridade, a pobreza extrema nas famílias numerosas e a desigualdade nos rendimentos. A nova exclusão expande-se nas regiões mais desenvolvidas, pelo desemprego generalizado e de longa duração, pelo isolamento juvenil, pela pobreza em famílias monoparentais, pela ausência de perspectiva para parcela da população com maior escolaridade e pela explosão da violência.” EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e direitos sociais**: um contributo para a luta contra a pobreza. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009. p. 47-48.

<sup>5</sup> Cf. Bolzan de Moraes e Lenio Streck defendem o Direito como meio possível de transformação do Estado e da sociedade: “Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *Welfare state* neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores” MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit. p. 75.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 65.

<sup>7</sup> “A renovada supremacia da Constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja, o da Constituição como norma diretiva fundamental, que dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência ou ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia, com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.” STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. p. 99.

<sup>8</sup> Adota-se como conceito adequado de direitos fundamentais pertencente à teoria geral do direito, visto que sua definição é universal, independentemente do regime que exista, de Luigi Ferrajoli: “São direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por *status* a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou auto dos atos que estão em exercício.” In FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9.

<sup>9</sup> Direito positivado não é positivismo jurídico, em nenhuma de suas facetas. É um direito que foi construído de maneira democrática, advindo do Constitucionalismo Contemporâneo, que se pauta em uma Constituição abalizada com seus compromissos, seus princípios históricos e suas diretrizes. Para melhor entendimento, V. *Elementos para a (pré)compreensão dos pontos centrais da obra* In STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>10</sup> Art. 6º da Constituição Brasileira de 1988: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>11</sup> Art. 196 da Constituição Brasileira de 1988: 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. *Ibidem*.

<sup>12</sup> SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286.

<sup>13</sup> A ideia de que os direitos sociais estariam reconhecidos e garantidos na Constituição, se aproximando, assim, com a noção de direitos fundamentais diante de sua relevância e exigência de exercício efetivo em uma democracia de direito. Merecem, portanto, uma proteção formal e material.

<sup>14</sup> Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 58 et seq. e SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 15 et seq.

<sup>15</sup> Para Alexy, o sujeito que possui direito a alguma coisa do Estado teria direito à uma ação positiva fática, que “o fato de a satisfação desse tipo de direito ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática.”, ou direito a uma ação positiva normativa que “são direitos a atos estatais de criação de normas” para a concretização de um direito. Ou seja, “a irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. In ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 202.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 499.

<sup>17</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

<sup>18</sup> NUNES, António José Avelãs. Tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 35.

<sup>19</sup> “Como cidadão e como jurista-cidadão, entendo que os direitos sociais, económicos e culturais são direitos colectivos, pelo que a sua efectiva satisfação não pode conseguir-se correctamente através de medidas avulsas de juízes que decidem, caso a caso, se este ou aquele doente tem direito a este remédio ou a esta intervenção cirúrgica, [...]. E, em vez de conferir maior eficiência e maior equidade às políticas públicas definidas pelo Executivo, esta actuação dos tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar a desigualdade no acesso a eles.” *Ibidem*. p. 58-59.

<sup>20</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 75.

<sup>21</sup> *Ibidem*. p. 108.

<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 110.

<sup>23</sup> “Julgar que uma única pessoa tem direito à saúde, conforme prescrito na Constituição, e determinar que o Estado despenda vários milhões em seu tratamento não implementa este direito social, mas apenas o atribui a uma única pessoa, ou grupo de pessoas, que teve acesso àquele magistrado e àquela decisão. O exercício de um direito social que gera benefícios apenas a um indivíduo ou um pequeno grupo certamente não foi aplicado de forma adequada. É confundir o sentido do que é um direito social, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma individual ou coletiva, e não pelo conjunto dos cidadãos que dele necessitam”. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 137.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 145.

<sup>25</sup> *Loc. cit.*

<sup>26</sup> Segundo Paulo Bonavides: “[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 569.

<sup>27</sup> Cf. “Em primeiro lugar, o fato de todos os direitos fundamentais (e não apenas os sociais) terem uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) em momento algum lhes retira a condição de serem, em primeira linha, direitos fundamentais de cada pessoa, ainda mais quando a própria dignidade é sempre da pessoa concretamente considerada. Pela mesma razão, não se poderia afastar a possibilidade da tutela individual, o que não significa dizer que existem problemas a serem enfrentados e que em muitos casos (mas não em todos!) a tutela judicial mais adequada e efetiva deva ocorrer de modo coletivo. Os direitos sociais – o que sempre tivemos o cuidado de enfatizar – são sempre também individuais e, portanto, direitos de todos e de cada um, o que assume particular relevância no campo da saúde.” SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 39.

<sup>28</sup> Segundo Associação de Advogados de São Paulo, os entes públicos são frequentemente derrotados nas lides que tratam de direito à saúde, principalmente em ações individuais, como, por exemplo, “no Rio de Janeiro, só em 2013, a Secretaria Estadual de Saúde gastou R\$ 31,8 milhões para o cumprimento de

decisões judiciais sobre remédios. Entram, em média, cerca de 40 ações sobre saúde por dia no Estado – 20 delas referentes a medicamentos”. V. ROSA, Arthur. União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos. **Associação dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, 15 de abr. de 2014. Disponível em < [http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=16544](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=16544)>. Acesso em 11 de mar. de 2015.

<sup>29</sup> A posição dos Professores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein em defender que todos os direitos geram custos foi bem recepcionada pela doutrina brasileira, que aceita a necessidade de uma ação do Estado inclusive para proteger as liberdades, ou direitos negativos, e que isso tem um impacto financeiro. Cf. “That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999. p. 44. E na doutrina brasileira, V. AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 70 et seq.

<sup>30</sup> Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.* p. 97. “Nothing that costs money can be absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility.”

<sup>31</sup> O plano plurianual “disporá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Esta norma deverá ser encaminhada ao Congresso Nacional até 04 meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial, e terá a duração de 04 anos, devendo encerrar-se ao final do primeiro ano do mandato subsequente.” Cf. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 138.

<sup>32</sup> “Prevista na Constituição no art. 165, II, e que tem por função indicar as metas e as prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orienta a elaboração da lei orçamentaria anual, dispõe sobre alterações na legislação tributária e estabelece a política das agências financeiras de fomento. Esta lei é anual e deve ser encaminhada ao Poder Legislativo até 15 de Abril, o qual terá até final de Junho para sua discussão e votação.” Cf. Loc. cit.

<sup>33</sup> “Esta norma compreenderá três diferentes documentos, que deverão ser integrados: a) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; b) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e c) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (art. 165, §5º). O Projeto de LOA deverá demonstrar, de forma regionalizada, o impacto sobre as receitas e despesas e os benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia (art. 165, §6º). O projeto será encaminhado até 31 de Agosto e devolvido para sanção até 31 de Dezembro de cada ano.” Cf. Loc. cit.

<sup>34</sup> Cf. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 92.

<sup>35</sup> Cf. Estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. *Brasil continua desequilibrado na questão arrecadação de impostos x serviços à população*. IBPT. São Paulo, 3 de Abr. de 2014. Disponível em <<https://www.ibpt.org.br/noticia/1614/Brasil-continua-desequilibrado-na-questao-arrecadacao-de-impostos-x-servicos-a-populacao>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

<sup>36</sup> LEAL, Luciana Nunes. Rio de Janeiro é o estado que menos destina verba para saúde, diz IBGE. **Estado de São Paulo**. 13 de Mar. de 2014. Disponível em < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rio-de-janeiro-e-o-estado-que-menos-destina-verba-para-saude-diz-ibge,1140354>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

<sup>37</sup> Grupo Técnico de Avaliação e Informações de Saúde. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. **Secretaria de Estado da Saúde**. São Paulo, [2010 ?]. Disponível em <[http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-informa/boletim\\_bepa\\_84\\_gais\\_7.pdf](http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-informa/boletim_bepa_84_gais_7.pdf)> Acesso em 16 de Mar. de 2015.

<sup>38</sup> Orçamento para 2013 é publicado no ‘Diário Oficial’. **GI**. Brasília, 5 de Abr. de 2013. Disponível em < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/orcamento-da-uniao-para-2013-e-publicado-no-diario-oficial.html>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

<sup>39</sup> A chamada Análise Econômica do Direito é um movimento metodológico surgido na década de 60, tendo como precursores Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, de grande influência neoliberal, tendo como marco teórico a busca pela “maximização da riqueza”. Para entender melhor tal posicionamento Cf.. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 59 et seq.

<sup>40</sup> Cf. por todos, TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>41</sup> Cf. “Ademais, o Poder Judiciário porque preso a um processo judicial (e de seus princípios como a demanda, o contraditório, a ampla defesa) não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingido um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente de tributação).” TIMM, Luciano Benetti. Op. cit. p. 59.

<sup>42</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 152.

<sup>43</sup> Loc. cit.

<sup>44</sup> Ibidem. p. 153.

<sup>45</sup> Cf. “O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1317.

<sup>46</sup> NUNES, Antônio José Avelãs. Tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 72.

<sup>47</sup> Cf. “É verdade: o estado democrático é um estado vinculado à Constituição e à lei. Mas esta vinculação abrange também o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais. A este propósito, importa, aliás, salientar que, sendo o orçamento aprovado por uma lei do orçamento do Poder Legislativo, carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha a alterar essa lei, modificando a afectação das receitas constante da lei do orçamento, o que cometa ao Executivo o dever de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz.” Ibidem. p. 36

<sup>48</sup> KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 52.

<sup>49</sup> Loc. cit.

<sup>50</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit. p. 152.

<sup>51</sup> Leandro Martins Zanitelli não é defensor da reserva do possível enquanto óbice imediato à concretização dos direitos fundamentais, mas destaca que deve se analisa-la somente após uma primeira decisão sobre competência do Judiciário para dirimir determinado conflito. Cf. ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 188.

<sup>52</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In: NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 97.

<sup>53</sup> Cf. A dimensão tríplice apontada por Sarlet se dá pela “a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve

o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.” SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 30.

<sup>54</sup> Ibidem. p. 32.

<sup>55</sup> Ibidem. p. 34.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 513.

<sup>57</sup> Ibidem. p. 514.

<sup>58</sup> Cf. O posicionamento do STF é muitas vezes utilizado pela doutrina, como o posicionamento do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0, *in verbis*: “[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.” Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agte. Estado do Rio Grande do Sul, Agdos. Luiz Marcelo Dias e outros. Brasília, 12 de Dez. de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em 7 de Abr. de 2015.

<sup>59</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Op. cit.* p. 53.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 314.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EMERIQUE, Lilian Balmant. **Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo para a luta contra a pobreza**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GRUPO Técnico de Avaliação e Informações de Saúde. S-Codes: um novo sistema de informações sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. **Secretaria de Estado da Saúde**. São Paulo, [2010 ?]. Disponível em <[http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-informa/boletim\\_bepa\\_84\\_gais\\_7.pdf](http://portal.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/destaques/gais-informa/boletim_bepa_84_gais_7.pdf)> Acesso em 16 de Mar. de 2015.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO E TRIBUTAÇÃO. Brasil continua desequilibrado na questão arrecadação de impostos x serviços à população. **IBPT.** São Paulo, 3 de Abr. de 2014. Disponível em <<https://www.ibpt.org.br/noticia/1614/Brasil-continua-desequilibrado-na-questao-arrecadacao-de-impostos-x-servicos-a-populacao>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Luciana Nunes. Rio de Janeiro é o estado que menos destina verba para saúde, diz IBGE. **Estado de São Paulo.** 13 de Mar. de 2014. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,rio-de-janeiro-e-o-estado-que-menos-destina-verba-para-saude-diz-ibge,1140354>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

MORAIS, Jose Luiz Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado.** 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Tribunais e o direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ORÇAMENTO para 2013 é publicado no ‘Diário Oficial’. **G1.** Brasília, 5 de Abr. de 2013. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/orcamento-da-uniao-para-2013-e-publicado-no-diario-oficial.html>>. Acesso em 16 de Mar. de 2015.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

ROSA, Arthur. União prevê gasto de R\$ 3,9 bi com ações de medicamentos. **Associação dos Advogados de São Paulo,** São Paulo, 15 de abr. de 2014. Disponível em <[http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=16544](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=16544)>. Acesso em 11 de mar. de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais:** orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.