

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

SIMONE TATIANA PFULLER LISBOA

DO DIREITO À SAÚDE AOS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE
MEDICAMENTOS

PORTO ALEGRE
2010

SIMONE TATIANA PFULLER LISBOA

DO DIREITO À SAÚDE AOS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE
MEDICAMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Maria Isabel de Azevedo Souza

PORTO ALEGRE
2010

SIMONE TATIANA PFULLER LISBOA

DO DIREITO À SAÚDE AOS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE
MEDICAMENTOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Banca examinadora:

Professora Maria Isabel de Azevedo Souza

Professora Vivian Josete Pantaleão Caminha

Professor Telmo Candiota da Rosa Filho

Conceito: A

Porto Alegre, 13 de dezembro de 2010

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela fé que sempre tiveram em mim.

AGRADECIMENTO

Agradeço à Professora Maria Isabel,
pela dedicação na orientação deste trabalho;

Agradeço à minha família e aos meus
amigos, pelo apoio e pela compreensão;

Agradeço ao Guilherme, por me
acompanhar e apoiar nas horas intermináveis
de estudo.

“As leis não bastam.
Os lírios não nascem da lei.”

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

A fim de tornar efetivo o comando constitucional que garante o direito à saúde, verifica-se uma crescente intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, que se dá através de determinações judiciais que a obrigam a fornecer os medicamentos e tratamentos requeridos em demandas individuais, ainda que em desacordo com as políticas públicas estabelecidas. Ocorre que, a pretexto de efetivar o direito à saúde, o ativismo judicial, nessa seara, pode por em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade da Administração e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos.

Tendo em vista esse cenário, é pertinente uma abordagem acerca da legitimidade e dos limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de distribuição de medicamentos. O presente trabalho pretende, pois, desenvolver uma reflexão teórica e crítica acerca do tema, na tentativa de contribuir para a racionalização do problema.

Para tanto, parte-se de uma abordagem acerca do direito à saúde, a fim de estabelecer o seu conteúdo, a sua eficácia e a possibilidade de ser tutelável pela via judicial. A partir desse substrato teórico, trata-se da discricionariedade administrativa e do controle judicial das políticas elaboradas pela Administração. Visa-se, ao fim, estabelecer qual a área de legítimo controle judicial das políticas públicas elaboradas pela Administração, fixando-se os seus limites.

Palavras-chave:

Direito à saúde. Medicamentos. Ativismo Judicial. Escassez de recursos. Limites do controle judicial dos atos administrativos.

ABSTRACT

In order to make effective the constitutional rule that warrants health right, it is noticed an increasing intervention of the Judiciary towards the Public Administration, which happens through judicial determinations that constrains the government to provide medicines and treatments required in individual lawsuits, even if they are contrary to the established public policies. However, aiming to make effective health right, judicial activism in this field endangers the continuity of public health policies, disorganizing the administrative activity, and preventing the rational allocation of scarce public resources

Considering this context, it is relevant an approach on the legitimacy and limits concerning Judiciary intervention in public policies of medicines distribution. Therefore, this study aims to develop a theoretical and critical reflection about this issue, attempting to contribute to the rationalization of the problem.

To achieve this objective, health right is approached, in order to verify its content, its effectiveness and the possibility of being secured through lawsuits. From this theoretical basis, it is analyzed the administrative discretion and the judicial review of administrative public policies. In the end, it is intended to verify the legitimate area of judicial review of public policies made by the government, establishing its boundaries.

Keywords:

Health right. Medicines. Judicial activism. Scarcity of resources. Boundaries of judicial review of administrative acts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS	13
1.1 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE.....	13
1.1.1 Algumas considerações acerca dos direitos fundamentais: breve evolução histórica, fundamentos e definição de seu sentido	13
1.1.2 Os direitos sociais, sua eficácia e efetividade	20
1.1.3 Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações	26
1.1.4 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: Constituição, legislação infraconstitucional e política de distribuição de medicamentos	31
1.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS.....	36
1.2.1 O custo dos direitos, a escassez de recursos e as escolhas alocativas	36
1.2.2 Mínimo existencial e reserva do possível	41
2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS	46
2.1 PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	46
2.1.1 Conceito e limites da discricionariedade administrativa	46
2.1.2 Dever de motivação dos atos administrativos	52
2.2 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	53
2.3 O CASO DOS MEDICAMENTOS: ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	60
2.4 PROBLEMAS DECORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL	72

CONCLUSÃO 75

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 80

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição de 1988, que positivou no nosso ordenamento jurídico os mais variados direitos individuais, políticos e sociais, a questão principal nessa matéria deixou de ser a busca pela declaração de novos direitos e passou a ser a necessidade de efetivação dos já existentes. Respondendo a esse desafio, grande parte dos juízes e tribunais passaram a aplicar os direitos constitucionais, inclusive os sociais, como direitos subjetivos em sentido pleno tuteláveis pela via judicial. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial majoritário acerca do fornecimento de medicamentos é ilustrativo.

A fim de tornar efetivo o comando constitucional que garante o direito à saúde, verifica-se uma crescente intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, mediante determinações judiciais para que esta forneça gratuitamente medicamentos nas mais variadas hipóteses. Ocorre que, a pretexto de efetivar o direito à saúde, o ativismo judicial nessa seara pode por em risco a continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade da Administração e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Levando-se o argumento ao extremo, é possível afirmar que o casuísmo das decisões judiciais que condenam à Administração à concessão de tratamentos sem considerar as políticas públicas existentes pode impedir que as mesmas sejam devidamente implementadas.

Nesse sentido, são ilustrativos os dados fornecidos pela Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Janaína Barbier Goncalves, quando de sua palestra proferida nas Audiências Públicas de Saúde promovidas pelo Supremo Tribunal Federal no primeiro semestre do ano de 2009, disponível no endereço eletrônico dessa Corte. Conforme os dados então fornecidos, 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde do nosso Estado é gasto com a política de assistência farmacêutica, sendo que, desse valor, 18,92% é administrado pela via judicial. Além disso, apesar do acréscimo de 40% no valor gasto em medicamentos na via administrativa em 2008, houve um aumento de 16% no número de demandas judiciais. Note-se que 46,84% das ações judiciais em que o Estado é réu versam sobre medicamentos que não são fornecidos pelo SUS e 18,25% sobre medicamentos excepcionais que são prescritos em desacordo com os protocolos de diretrizes clínicas e terapêuticas do Ministério da Saúde. Ainda, o Estado do Rio Grande do Sul, que fornece 500 apresentações farmacêuticas pela via administrativa, vê-se obrigado a fornecer outras 2.800 por força de determinações judiciais.

Tendo em vista esse cenário, é pertinente uma abordagem acerca da legitimidade e dos limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas envolvendo a distribuição de medicamentos. Pretende-se, com o presente trabalho, desenvolver uma reflexão teórica e crítica acerca do tema, a fim de contribuir para a racionalização do

problema, não se olvidando da contribuição que novos estudos sobre o tema possam trazer.

O método desta pesquisa será o indutivo e terá como objeto de estudo a doutrina selecionada e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O trabalho será dividido em duas grandes partes, sendo que na primeira será feita uma abordagem teórica acerca do direito social à saúde, da escassez de recursos e da reserva do possível para que sirva de apoio a segunda parte do trabalho que versará sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários nas políticas públicas de distribuição de medicamentos.

A primeira parte do trabalho será subdividida em duas partes. Primeiramente, o trabalho discorrerá sobre o direito social à saúde, iniciando-se por algumas considerações acerca dos direitos fundamentais, envolvendo a definição de seu sentido, a sua evolução histórica e os seus fundamentos. Após, serão tratados os direitos sociais, especificamente, fazendo-se uma abordagem acerca de sua eficácia e efetividade, considerando os entendimentos doutrinários mais relevantes sobre o assunto. Feito isso, será analisada a questão da subjetivação dos direitos sociais, a fim de se verificar se os mesmos podem ou não ser tratados como direitos subjetivos tuteláveis pela via judicial. Então, far-se-á uma explanação acerca do direito à saúde no Brasil, fazendo-se um apanhado de sua normatização no plano constitucional e infraconstitucional e, mais especificamente, acerca da política pública de distribuição de medicamentos.

A segunda etapa da primeira parte possui como objeto a problemática que envolve a escassez de recursos e a reserva do possível. Primeiramente, será analisada a questão que envolve os custos dos direitos, a finitude dos recursos e a consequente necessidade de se fazer escolhas alocativas. Após, serão abordados o mínimo existencial e a reserva do possível, a partir dos principais ensinamentos acerca desses institutos, a fim de se estabelecer a sua importância para o tema, bem como de os compatibilizar, considerando o nosso ordenamento jurídico.

Feito esse substrato teórico a fim de melhor apreender o conteúdo e a eficácia do direito social à saúde no Brasil (direito em que se apoia a distribuição de medicamentos), a possibilidade ou não de buscar a sua tutela através de demandas judiciais individuais, bem como as suas limitações fáticas, tais como a escassez de recursos, do que decorre a necessidade de se fazer escolhas alocativas, passa-se a segunda grande parte do trabalho, que aborda a problemática concernente ao controle judicial das políticas públicas de distribuição de medicamentos. Considerando que a distribuição de medicamentos é feita por Portarias, editadas na seara administrativa, o enfoque do trabalho nessa parte será em relação ao controle judicial da Administração Pública.

Tendo em vista que cabe à Administração Pública, através de seus órgãos competentes, estabelecer em Portarias quais os medicamentos e tratamentos que serão fornecidos, importa estudar a discricionariedade administrativa, a fim de estabelecer os seus limites e a área legítima de livre apreciação administrativa. Feito isso, será tratado o tema da motivação dos atos administrativos, considerando a sua importância como forma de controle da Administração e de suas decisões. Tais aspectos teóricos servirão de embasamento para a parte seguinte do trabalho que versará sobre o controle judicial da Administração, fixando os seus limites.

A terceira etapa da segunda parte do trabalho possui como objeto as decisões dos Tribunais Superiores. Far-se-á uma análise da construção jurisprudencial feita pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a fim de se analisar de forma crítica como os mesmos vêm entendendo o tema. Por fim, considerando todo o substrato teórico e jurisprudencial analisado, serão feitas algumas considerações críticas a respeito dos problemas decorrentes do ativismo judicial.

Ao fim, com base nas premissas teóricas colhidas da análise doutrinária e jurisprudencial, pretende-se fazer uma análise crítica de qual o conteúdo do direito à saúde no Brasil, bem como se o mesmo pode ser tutelado pela via judicial. Ainda, pretende-se analisar os limites do controle judicial nas políticas públicas de distribuição de medicamentos, estabelecendo-se quando a intervenção é legítima e quando ela fere o espaço de discricionariedade administrativa.

1 DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS

1.1 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE

1.1.1 Algumas considerações acerca dos direitos fundamentais: breve evolução histórica, fundamentos e definição de seu sentido

A análise da origem, da natureza, do sentido e da evolução dos direitos fundamentais é um tema rico cujo estudo completo e correto exigiria *per se* uma monografia. Esse não é, contudo, o objetivo do presente trabalho. Pretende-se apenas referir alguns aspectos relevantes a fim de propiciar uma adequada compreensão do estudo a que se propõe.

Inicialmente, cabe fazer um breve esclarecimento terminológico, considerando que expressões como direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos do homem, entre outras, são largamente utilizadas sem que se fique claro qual o sentido que se lhes atribui. Verifica-se, na doutrina e no direito positivo, inclusive na Constituição de 1988, uma ambiguidade e falta de consenso acerca do conceito e conteúdo de cada um desses termos, diante do que, cumpre-se fazer uma distinção desses termos (pelo menos dos mais utilizados pela doutrina e pelo Direito positivo) para os fins desse estudo.

Os termos “direitos do homem” e “direitos humanos”, ambos de conotação jusnaturalista, traduzem a ideia de direitos que são inerentes ao ser humano. Conforme Ingo W. Sarlet, a distinção didática entre essas expressões possui a finalidade de delimitar uma fase em que os chamados direitos do homem ainda não haviam sido reconhecidos pelo Direito positivo, em contraposição aos direitos humanos entendidos como os positivados internacionalmente, nada obstante admita-se que se lhes atribua o mesmo significado.¹

Já o termo “liberdades públicas”, que se liga aos direitos de primeira geração, possui conotação positivista e foi consagrado pela doutrina francesa em contraposição ao termo “direitos do homem” utilizado na declaração de 1789.²

1 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009, p 30.

2 AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010, p. 47.

Por sua vez, a distinção entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”³ foi formulada pela doutrina Alemã. Nesse sentido, o termo 'direitos fundamentais' designa os direitos humanos reconhecidos como tais pelo ordenamento jurídico positivo vigente de um determinado Estado. Jorge Miranda, contudo, entende os direitos fundamentais como os direitos das pessoas enquanto tais assentes seja na Constituição formal, seja na Constituição material.⁴ Por sua vez, Ingo W. Sarlet advoga a tese da distinção entre os termos a partir do critério do plano de posituação: são direitos humanos os positivados internacionalmente e são direitos fundamentais os positivados nacionalmente.⁵

Diante dessas elucidações terminológicas, esclarece-se que o presente trabalho adota a expressão “direitos fundamentais” no sentido de direitos humanos reconhecidos como tais no ordenamento jurídico nacional. Feita a delimitação do termo, passa-se, pois, a uma breve análise da evolução histórica dos direitos fundamentais.

Os valores da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade encontram as suas raízes na filosofia greco-romana clássica (especialmente na democracia ateniense, cujo modelo político fundava-se na figura do cidadão livre)⁶ e no cristianismo (que pregava a dignidade e a igualdade dos homens perante Deus). A partir do século XVI, passaram a exercer um papel importante as teorias jusnaturalistas, que reconhecem um valor nato, inalienável e incondicionado do ser humano.⁷ Nos séculos XVII e XVIII, essas teorias atingiram seu ponto culminante de desenvolvimento, especialmente por meio das teorias contratualistas, e, paralelamente, observou-se a laicização do Direito natural, cujo apogeu se deu com o iluminismo de cunho jusracionalista.⁸ Sobressai nesse contexto o pensamento de John Locke, o qual sustenta que os homens têm o poder de organizar, de acordo com a sua

3 COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58-59.

4 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p 7. Conforme o autor a distinção entre direito fundamental formal e direito fundamental material remonta ao IX aditamento (de 1791) à constituição dos Estados Unidos, em que se lê que a especificação de certos direitos naquela constituição não significava que outros estivessem excluídos. O direito fundamental material seria aquele decorrente da concepção de Constituição dominante, do sentimento jurídico coletivo. Ibid., p. 10-11

5 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009, p 29.

6 Ainda que existisse naquela sociedade a figura do escravo, a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.

7 SARLET, op cit., p 38-39

8 Conforme Jorge Miranda, a concepção jusracionalista traduz-se na ideia de que todos os homens são por natureza livres e tem direitos inatos de que não podem ser privados quando entram na sociedade. O fim da associação política é a conservação dos direitos naturais do homem que tem por limite somente o gozo dos mesmos direitos por outros homens. MIRANDA, op. Cit., p. 21 e 22

razão, a sociedade e o Estado, sendo que a finalidade deste é a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade. São lançadas assim as bases do jusnaturalismo iluminista que culminou no constitucionalismo e no reconhecimento dos direitos de liberdade.⁹

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, acompanhando o processo evolutivo da história, os direitos fundamentais passaram por transformações. Nesse contexto, com a finalidade de apreender o processo de evolução dos direitos fundamentais, costuma-se apontar três gerações (ou dimensões)¹⁰ de direitos fundamentais : a geração dos direitos de liberdade, que pretendem a limitação do poder do Estado (primeira geração), a dos direitos econômicos, sociais e culturais (segunda geração) e a dos direitos de fraternidade e de solidariedade (terceira geração). Há quem aponte, ainda, uma quarta e até mesmo uma quinta geração. Contudo, para o presente trabalho, cujo objeto é o direito à saúde, que por sua vez é um direito social, importa a análise dos direitos de primeira e de segunda geração. Esclarece-se que interessa a análise, ainda que breve, dos direitos de primeira geração na medida em que contribuem para apreender o conteúdo e a eficácia dos direitos de segunda geração.

A primeira geração de direitos humanos foi obra de duas revoluções: a Independência Americana em 1776 e a Revolução Francesa em 1789. Com efeito, conforme Fabio Konder Comparato, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (sucedida da Declaração de Independência dos Estados Unidos) é o primeiro documento político que reconhece direitos inerentes a todo o ser humano, bem como afirma, pela primeira vez na história política moderna, os princípios democráticos e a legitimidade da soberania popular. Por sua vez, na Europa Ocidental¹¹, o respeito aos direitos humanos foi proclamado em 1789, com a revolução francesa.¹² Nesse momento, conforme ensinamento de Norberto Bobbio, os direitos humanos passaram da teoria (aqui se enquadrando a teoria jusnaturalista) à prática,

9 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009., p 40.

10 Ressalta-se que a doutrina vem apontando que o termo gerações pode provocar confusões, no sentido de que pode sugerir uma sucessão de categoria de direitos que se substituem, quando, na verdade, o que ocorre é um enriquecimento crescente dos direitos fundamentais. Nesse contexto, sugere-se o uso do termo “dimensões”. Nesse sentido, Ingo W. Sarlet. *Ibid.*, p. 45.

11 Jorge Miranda aponta, ainda, a tradição inglesa de limitação do poder como uma força dirigida à formação do conceito moderno de direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 21. No mesmo sentido, Ingo W. Sarlet refere que foi na Inglaterra do século XVII que a ideia de direitos naturais do homem (ideia subjacente aos direitos fundamentais) e a concepção contratualista da sociedade atingiram particular importância, o que se evidencia pelas cartas de direito assinadas pelos monarcas do período. Contudo, como bem salienta Ingo W. Sarlet, a posituação de direitos e liberdades civis na Inglaterra não pode ser considerada como o nascimento dos direitos fundamentais, uma vez que não havia vinculação do parlamento, ainda que limitassem o poder do monarca. SARLET, op cit. ,p. 39 e 43

12 COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106-107

ganhando em concreticidade. Porém, os mesmos perderam em universalidade (característica de que gozavam nas concepções filosóficas que antecederam o constitucionalismo), uma vez que passaram a ser protegidos, mas somente valeriam no âmbito do Estado que os reconhecia.¹³

Registre-se, além disso, que a positivação dos direitos fundamentais culminou com a afirmação do Estado de Direito, na sua vertente liberal. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “O Estado de Direito significa que o poder político está preso e subordinado a um Direito Objetivo (...)”¹⁴

Na primeira geração de direitos, pretende-se proteger as liberdades civis e limitar o poder dos governantes através de leis criadas pela própria sociedade. Busca-se, nesse contexto, a proteção de uma esfera de autonomia do indivíduo frente ao Estado, ao qual se impõe um dever de abstenção, daí serem comumente chamados de direitos negativos. Consagra-se aqui a liberdade dos modernos, em contraposição a liberdade dos antigos - que se traduz na possibilidade de participar da vida da cidade¹⁵. Também a igualdade perante a lei (igualdade formal) enquadra-se nessa categoria. Além disso, somam-se a esses direitos, posteriormente, os direitos de participação política.

Contudo, a igualdade perante a lei afirmada com o reconhecimento dos direitos humanos de liberdade, mostrou-se ineficaz para proteger a crescente massa de trabalhadores. No século XIX e início do século XX, assistiu-se, de um lado, ao avanço do liberalismo político e econômico, que levou a um acréscimo de riqueza dos empresários (a classe burguesa) e, de outro, a deterioração do quadro social, representada pela penúria da classe trabalhadora, contexto que foi chamado de *Questão Social*. Diante desse cenário, punham-se duas soluções: a reforma visando reconciliar a classe trabalhadora com as demais ou a revolução. Esta apenas chegou a uma concretização com a revolução russa de 1917, enquanto aquela culminou com os direitos econômicos e sociais. As preocupações sociais manifestaram-se na Constituição da França de 1848, mas, foi ao término da Primeira Guerra Mundial, que os direitos sociais, somando-se às liberdades públicas, foram consagrados através da Constituição de Weimar de 1919¹⁶. A partir de então, o modelo foi seguido por

13 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29-31.

14 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 8º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 2.

15 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p 14.

16 Fabio Konder Comparato aponta ainda a Constituição Mexicana de 1917 como documento que afirmou os direitos sociais. COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 54

outras Constituições, chegando ao Direito positivo brasileiro em 1934.¹⁷

Cabe, após feita a exposição, ainda que breve, da evolução dos direitos fundamentais, tratar da problemática que envolve seus fundamentos. As diversas concepções filosóficas buscam uma fundamentação para os direitos do homem, um sentido para eles. Porém diante da variedade de sistemas filosóficos, pergunta-se se o apelo que se lhes faz não é estéril.¹⁸ Nessa perspectiva, a posição de Norberto Bobbio para quem não pode existir fundamento absoluto dos direitos fundamentais.¹⁹ De todo modo, cabe breve esclarecimento acerca do assunto, a fim de que se alcance uma melhor compreensão.

Sobre essa temática, a teoria positivista defende que a existência de direitos depende da possibilidade de se lhes exigir o cumprimento por meio da coerção estatal.²⁰ Contudo, Fabio Konder Comparato insurge-se contra a posição positivista e entende que se admitir que só existe um determinado direito quando existe a possibilidade de reclamá-lo no Tribunal, implicaria retirar o caráter jurídico de diversos tratados internacionais. Conforme o Autor, o raciocínio positivista adviria da confusão entre direito subjetivo e a chamada pretensão, que é o modo reconhecido pelo ordenamento para garantir o respeito ao direito subjetivo.²¹

O referido Autor defende que o fundamento dos direitos humanos encontra-se na consciência ética coletiva, que se expande na história, de que a dignidade da pessoa humana exige o respeito a certos valores em quaisquer circunstâncias, ainda que não positivados. Ainda, que as normas de direitos humanos internacionais estariam acima dos ordenamentos jurídicos pátrios, pois expressariam uma consciência ética universal.²²

Já para os adeptos do direito natural, o fundamento dos direitos fundamentais é a natureza humana. Contudo, para aqueles que contestam o jusnaturalismo, a resposta pode ser mais difícil de ser encontrada. Nessa seara, para uns, os direitos humanos baseiam-se na experiência comum às sociedades, para outros constituem um ideal comum a atingir.²³

Já em relação ao fundamento dos direitos sociais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta a solidariedade entre os homens (não confundidos aqui com os direitos de quarta

17 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 8º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 41-49.

18 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p 43

19 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18- 22

20 COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61

21 Ibid., p. 61.

22 Ibid., p. 60-62

23 FERREIRA FILHO, op cit, p. 31

geração). Tais direitos seriam deduzidos da sociabilidade humana, na necessidade de cooperação e apoio mútuo.²⁴

Norberto Bobbio, a seu turno, sustenta que não existe fundamento absoluto dos direitos fundamentais, acrescentando, ainda, que o fundamento absoluto pode se constituir em pretexto para uma posição conservadora, o que se observa pelos empecilhos colocados à inserção dos direitos sociais pelo suposto fundamento absoluto dos direitos de liberdade. Nesse sentido, os direitos do homem são variáveis, porque são historicamente relativos, no sentido de que se modificaram e se modificam de acordo com as condições históricas, de forma que não existe direito fundamental por natureza²⁵

A tese do autor fica bem sintetizada no seguinte trecho que se transcreve, por oportuno:

O fundamento de direitos – dos quais se sabe apenas que são condições para a realização de valores últimos – é o apelo a esses valores últimos. Mas os valores últimos, por sua vez, não se justificam; o que faz é assumi-los. O que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento. De resto, os valores últimos são antinômicos: não podem todos ser realizados globalmente e ao mesmo tempo. Para realizá-los, são necessárias concessões de ambas as partes: nessa obra de conciliação, que requer renúncias recíprocas, entram em jogo as preferências²⁶ pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas.

Além disso, afirma o referido jurista que os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos. O valor absoluto de um direito seria muito raro, somente observável em situações em que o direito não entra em concorrência com outro. Normalmente o que ocorre é que dois direitos fundamentais entram em colisão, de forma que um não pode ser protegido incondicionalmente, sob pena de tornar o outro ineficaz. Nesses casos, deve-se falar em direitos fundamentais relativos.²⁷

Ademais, acerca da colisão de direitos, o autor acrescenta que, considerando a antinomia entre as liberdades, que exigem obrigações negativas, e os direitos sociais que constituem poderes e exigem obrigações positivas, essas duas classes de direitos são antinômicas, no sentido de que a realização integral de um impede a realização integral do outro. Isso porque, conforme o autor, "Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos."²⁸

24 Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 8º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 51

25 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18- 22.

26 Ibid, p. 18.

27 Ibid., p.42

28 Ibid., p 21

Também nesse sentido, Ingo W. Sarlet aponta que, da análise das dimensões dos direitos fundamentais, é possível perceber-se que o seu reconhecimento é de cunho dinâmico e dialético, na medida em que é marcado por avanços e retrocessos, do que se depreende a sua concepção histórica e relativa. Os direitos fundamentais, segundo o autor, seriam, na verdade, fruto das reivindicações concretas na esfera social, política e jurídica. Logo, os direitos fundamentais seriam abertos e mutáveis, ainda que se possa reconhecer uma certa permanência de alguns direitos, como por exemplo no caso do direito à vida. Ressalva o autor, contudo, que a refutação de um fundamento absoluto dos direitos fundamentais não importa a ausência de uma fundamentação histórica, sociológica e política dos direitos fundamentais.²⁹

Por sua vez, Luis Fernando Barzotto refuta a ideia de que o fundamento dos direitos humanos encontre-se na sua aceitação histórica.³⁰ Conforme o autor, o contexto histórico fornece a eficácia dos direitos humanos na medida em que somente podem subsistir em uma determinada realidade histórica, mas não fornece a sua validade, pois o fundamento encontra-se no próprio ser, na realidade. Além disso, rejeita a ideia de que o fundamento dos direitos humanos seja relativo, considerando a pretensão de que a sua validade seja incondicional. Nessa perspectiva, afirma que, caso se pretenda que a validade dos direitos humanos seja absoluta, deve-se buscar um fundamento que também o seja, tendo em vista que não é possível pretender que a conclusão seja mais forte do que as premissas em um raciocínio.

A partir dessa constatação, o autor busca o fundamento absoluto dos direitos humanos na teoria da lei natural, que se trata de uma razão prática. De acordo com essa teoria, existe um conjunto de princípios primeiros e universais que dizem respeito à razão prática que podem ser bens (comunidade, verdade e vida) ou preceitos (regra de ouro e dignidade da pessoa humana). Esses princípios, em que se encontra ancorado o fundamento dos direitos humanos, são considerados evidentes e insuscetíveis de demonstração.³¹

Feitas essas considerações, importa observar que, apesar da importância de se perquirir acerca do fundamento dos direitos fundamentais a fim de melhor apreender o seu sentido, atualmente, o grande problema dos direitos fundamentais não se trata de justificá-los,

29 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009, p. 56-57.

30 BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática Jurídica a Ética. In Os Desafios dos Direitos Sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul, n. 56, p. 47-88, 2005, p. 78-79.

31 Ibid., p. 77-83

e sim de protegê-los, conforme alerta Norberto Bobbio.³²

1.1.2 Os direitos sociais, sua eficácia e efetividade

Os direitos sociais possuem como ideia subjacente a igualdade material, não apenas formal. Se de um lado, os direitos de liberdade proclamam que todos são iguais perante a lei, os direitos sociais partem da verificação de desigualdades e de necessidades, as quais se tem a vontade de vencer, a fim de que se estabeleça uma relação solidária entre os membros de uma comunidade. Essa igualdade material, contudo, não é uma qualidade inata que a Constituição apenas reconhece, é algo que se cria, que se efetiva, mediante um comportamento positivo. O Estado Social almeja buscar uma liberdade de fato, não só jurídica, uma liberdade igual para todos, buscada através da correção das desigualdades.³³

Não se pode dizer que os direitos de liberdade são absolutos e que os sociais são relativos, uma vez que são relativos ou absolutos os direitos conforme necessitem ou não da interposição da lei. Nesse sentido, se a intervenção legislativa parece sempre necessária quanto aos direitos sociais, há também direitos de liberdade que não são plenamente satisfeitos sem a lei.³⁴

O conteúdo dos direitos de liberdade é heterogêneo, em decorrência do que não se pode afirmar que a contrapartida de cada direito seja sempre uma atitude de abstenção por parte do Estado. Em relação a algumas liberdades, postula-se uma prestação positiva para que sejam satisfeitos (como exemplo, cita-se a liberdade de imprensa, que exige uma lei que assegure os meios necessários à proteção de sua independência perante os poderes políticos e econômicos).³⁵ Por outro lado, tal como se recorta uma dimensão positiva dos direitos de liberdade, é possível verificar-se uma dimensão negativa dos direitos sociais.³⁶

Acrescente-se a isso o ensinamento de Norberto Bobbio, segundo o qual, enquanto aos direitos de liberdade pode ser atribuída uma universalidade no seu gozo, no sentido de indistinção entre os homens, em relação aos direitos sociais, os homens são iguais apenas genericamente, mas não especificamente. Isso porque na atribuição dos direitos sociais são relevantes as diferenças específicas, que distinguem um indivíduo do outro, como por

32 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p 24

33 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p 103-106.

34 Ibid., p 107.

35 Ibid., p 109.

36 Ibid., p 112.

exemplo, no caso da proteção da saúde em que é relevante a diferença entre adultos e crianças, já que uns e outros carecem de atendimentos diversos, e no caso da proteção do trabalho, em que importa a diferença de idade ou de sexo. A esse fato, o autor atribuiu a grande multiplicação dos direitos sociais.³⁷

Além da multiplicação dos direitos sociais, o autor aponta para outro problema: a sua proteção depende de uma intervenção do Estado. Isso porque, ao contrário dos direitos de liberdade que nascem para limitar o Estado, os direitos sociais exigem a ampliação dos seus poderes, já que requerem uma intervenção ativa do Estado.³⁸

Com efeito, os direitos sociais, pelo menos em sua dimensão positiva, realizam-se mediante políticas públicas que objetivam amparo e proteção social àqueles que não possuem recursos para viver dignamente. Note-se que os direitos sociais abrangem os direitos do trabalhador, os direitos da seguridade social, que engloba a saúde, a assistência social e a previdência, e o direito de educação.³⁹

Tais direitos foram recepcionados pela ordem constitucional brasileira, encontrando-se previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 na seção referente aos direitos fundamentais, mais especificamente nos artigos 6º e 7º. Ocorre que, apesar da previsão constitucional, o que se verifica é a falta de efetividade desses direitos, que são diariamente desrespeitados. Disso decorre a importância de se tratar da problemática que envolve a sua eficácia e efetividade.

A questão da eficácia e da efetividade dos direitos sociais é bastante controversa e tem sido objeto de debate na doutrina. Sem a pretensão de exaurir o problema, passa-se a um breve análise de alguns argumentos doutrinários acerca do assunto, a fim de se chegar a uma conclusão que sirva de suporte ao presente trabalho.

Primeiramente, há que se fazer um breve esclarecimento terminológico e conceitual a fim de se traçar algumas distinções entre os termos “vigência”, “eficácia” e “efetividade”, que são categorias normalmente referidas na doutrina. Utilizando-se da distinção proposta por José Afonso da Silva⁴⁰, tem-se que a vigência consiste na existência jurídica da norma, após a promulgação e a publicação, que a torna de observância obrigatória, sendo que é pressuposto da eficácia, na medida em que somente uma norma vigente pode ser eficaz. O termo eficácia

37 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 71-72.

38 Ibid., p.72

39 COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65

40 SILVA, José Afonso da. Apud SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009, p. 236-237

relaciona-se, por sua vez, com a aplicabilidade de uma norma, sendo corrente a distinção, contudo, entre a eficácia jurídica e a eficácia social. Nesse sentido, a eficácia jurídica consubstancia-se na aplicabilidade, executoriedade e exigibilidade, ou seja na possibilidade de ser aplicada. Por outro lado, eficácia social diz respeito a real aplicação da norma no plano dos fatos, identificando-se com o conceito de efetividade.⁴¹

Delimitado o sentido de vigência, eficácia e efetividade, traz-se algumas considerações doutrinárias. Sobre o assunto, Ricardo Lobo Torres defende a existência de duas fases na discussão doutrinária e jurisprudencial: a primeira fase teria sido iniciada após a promulgação da Constituição de 1988, já a segunda seguiu-se às mudanças constitucionais implementadas durante os governos de Fernando Henrique e de Lula, quando foram editadas normas de cunho social, tais como a lei 8.080 de 1990 que regulamentou o SUS.⁴²

A partir do advento da Constituição de 1988, os direitos sociais passaram a ser entendidos pela doutrina, predominantemente, como direitos originários a prestações, o que pode ser atribuído à influência do constitucionalismo alemão de cunho social-democrata e da obra de José Joaquim Gomes Canotilho⁴³, que, utilizando-se da doutrina alemã, defendia que a Constituição de Portugal de 1976, considerada por ele como sendo dirigente, previa direitos originários a prestações positivas que não dependiam da intermediação legislativa. A corrente da social democracia defendia, em linhas gerais, que todos os direitos sociais seriam direitos fundamentais justiciáveis, independentemente da mediação do legislador, e deveriam ser interpretados de acordo com princípios constitucionais, como o da máxima efetividade.⁴⁴

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso desenvolveu importante obra, 'O direito constitucional e a efetividade de suas normas', apoiando-se em quatro pontos: a plena exequibilidade das normas definidoras de direitos sociais, a função emancipadora da interpretação jurídica, a viabilidade do mandado de injunção para a garantia dos direitos sociais e a defesa da tese progressista. Note-se que o seu posicionamento foi depois mitigado e o autor abriu espaço para a discussão do mínimo existencial, o que será tratado no capítulo oportuno.⁴⁵

41 SILVA, José Afonso da. Apud SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2009, p. 236-237

42 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 69.

43 O posicionamento do autor sofreu alteração posteriormente, conforme será tratado a seguir.

44 TORRES, op cit., p 70.

45 BARROSO, Luis Roberto. Apud TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos

A partir da década de 90, após a queda do muro de Berlim em 1989, os direitos sociais passaram a ser compreendidos de modo diverso. Nesse período, Norberto Bobbio exerceu importante influência.⁴⁶ O autor equipara os direitos sociais aos fundamentais, mas afirma que os direitos sociais não possuem eficácia plena. Nesse sentido, aponta para a necessidade de levar em conta as dificuldades procedimentais e substantivas e para o fato de que a efetivação dos direitos fundamentais depende do desenvolvimento da civilização humana.

⁴⁷

Nas palavras do autor:

Para a realização dos direitos do homem, são frequentemente necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que os proclamam, nem das boas disposições dos que possuem dos meios para protegê-los (...) Sabe-se que **o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais,**

⁴⁸

não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. (Grifo nosso)

O posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho altera-se pela relativização de suas anteriores conclusões. O autor português passa a entender que os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas e que o legislador determina o seu conteúdo.⁴⁹ Defende que a realização dos direitos sociais se caracteriza pela gradualidade de sua realização, pela dependência financeira do orçamento do Estado, pela liberdade de conformação do legislador quanto às políticas públicas de realização dos direitos sociais e pela impossibilidade de controle pelo Judiciário dos programas político-legislativos, a menos que em contradição com as normas constitucionais.⁵⁰

No Brasil, a partir das mudanças sociais que se seguiram aos governos Fernando Henrique e Lula, a doutrina passou a entender o problema de modo diverso, abandonando o positivismo sociológico e adotando a visão principiológica. Ricardo Lobo Torres considera os principais aspectos dessa visão: a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial; a defesa da implementação dos direitos sociais através de políticas públicas levadas a efeito pelo Legislativo e pela Administração, através da ponderação de

fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 71-73

46 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 72.

47 BOBBIO, Norberto. A era os direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.45

48 Ibid., p. 43-44.

49 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 106.

50 Ibid, p. 108

interesses insuscetíveis de controle jurisdicional; o equilíbrio entre os aspectos da liberdade e da justiça, que passa pela maximização do mínimo existencial e minimização dos direitos sociais na sua extensão, mas não na sua profundidade; e a possibilidade de contornar o princípio da reserva do possível em caso de colisão incontornável do mesmo com o princípio da dignidade da pessoa humana.⁵¹

Por sua vez, Ingo W. Sarlet defende que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, aplicável a todos os direitos fundamentais, apresenta caráter de norma-princípio, constituindo-se em mandado de otimização, que impõe a todos os órgãos estatais a tarefa de imprimirem às normas de direitos fundamentais a maior efetividade e eficácia possível. Acrescenta que as normas constitucionais de direitos fundamentais sociais não podem mais ser consideradas enunciados sem força normativa, e que, dessas normas, devem ser extraídos os efeitos jurídicos que lhe são peculiares, mesmo sem uma interposição do legislador.⁵²

Também José Reinaldo de Lima Lopes tratou do assunto, adotando posição que fica bem sintetizada no trecho que se transcreve a seguir:

Os novos direitos [aqui se referindo aos direitos sociais] (...) têm característica especial. E esta consiste em que **não são fruíveis individualmente**. Não quer isto dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos. Mas, de regra, **dependem, para sua eficácia, de atuação do executivo e do legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade**. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública (...) São esses direitos que dependem, para sua eficácia, de uma ação concreta do Estado, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência de meios: não existindo escolas, hospitais, servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e

⁵³
cronologicamente anteceder os outros? (grifo nosso)

Já Ricardo Lobo Torres entende que ainda há uma zona de penumbra no problema da efetivação dos direitos sociais, cuja solução terá de vir de uma melhor elucidação da diferença entre mínimo existencial (*direitos fundamentais sociais*) e direitos sociais, a fim de que se verifique o limite do que é obrigatório que se entregue mediante políticas públicas. Nesse diapasão, sustenta que as normas constitucionais sobre direitos sociais seriam

51 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 74-75.

52 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. in Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, n 12, p 99.

53 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 122, 1994, p 257

programáticas, sem eficácia vinculante, considerando-se que os direitos por elas previstos existem sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador. Por outro lado, a proteção positiva do mínimo existencial não se encontraria sob a reserva do possível, pois sua fruição não dependeria de políticas públicas. Ressalva, contudo, que o fato de não prevalecer o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental, não significa que não se deve observar o princípio da reserva do parlamento. A superação da lacuna orçamentária deve ser feita por instrumentos orçamentários, cabendo ao Judiciário apenas reconhecer a intangibilidade do mínimo existencial e determinar aos demais poderes a prática de atos orçamentários cabíveis.⁵⁴

Para Jorge Miranda, quase a totalidade dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas que tem de ser seguidas de lei e de modificações econômicas e sociais. Se, de um lado, as liberdades têm um sentido determinável a partir das normas constitucionais, os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, pelo legislador. Nesse sentido, em um sistema pluralista, as normas constitucionais que consagram os direitos sociais devem ser abertas, de modo a serem concretizadas, consoante as alternativas escolhidas pelo eleitorado. Ressalva o autor que não quer com isso dizer que todos os direitos sociais sejam direitos a prestações não vinculados e nunca verdadeiros direitos subjetivos, ou seja, que sejam direitos sob a reserva de lei. Conforme o autor, considerando a heterogeneidade do conteúdo dos diversos direitos sociais, não se pode tratá-los em bloco, devendo-se tratar de cada direito individualmente.⁵⁵

Além disso, segundo o entendimento do jurista acima citado, se, ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais que consagram os direitos sociais, já se verificarem os pressupostos econômicos, financeiros e institucionais de efetivação, tais normas podem ser consideradas de aplicação imediata.⁵⁶

Considerando os posicionamentos doutrinários expostos, verifica-se que o tema é controverso e rico. Dentre os entendimentos expostos, destaca-se o de Ricardo Lobo Torres, para quem a diferenciação entre o mínimo existencial e os direitos sociais impõe-se como forma de se verificar o limite do que é obrigatório que se entregue mediante políticas públicas

54 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 73

55 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 113-115.

56 Ibid., p. 384.

e do que se encontraria sob a reserva do possível.⁵⁷

Com efeito, a efetivação dos direitos sociais depende não só da aplicação de normas constitucionais, mas também de fatores econômicos, da organização e funcionamento da Administração Pública e dos recursos financeiros. Não por acaso o art. 22 da Declaração Universal liga os direitos econômicos, sociais e culturais “ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo”.⁵⁸ Diante dessa realidade, não há como se reconhecer uma eficácia plena e absoluta dos direitos sociais.

Por outro lado, não se pode admitir que o reconhecimento dos direitos sociais por nossa Constituição seja entendido como mera promessa sem consequência. O nosso ordenamento jurídico elevou tais direitos a categoria de direitos constitucionalmente protegidos. Dessa forma, como forma de compatibilizar a previsão constitucional com as impossibilidades fáticas de se dar máxima efetividade a todos os inúmeros direitos sociais previstos, com efeito, entende-se que o melhor entendimento acerca da questão da eficácia dos direitos sociais relaciona-se com a delimitação do que se consubstancia em direitos sociais e mínimo existencial.

1.1.3 Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações

A partir da ascensão do positivismo jurídico, a noção de direitos subjetivos foi reduzida a um conceito em sentido técnico desenvolvido pelo Direito privado. Nesse contexto, Hans Kelsen defendeu a seguinte formulação do conceito de direito subjetivo:

(...) a essência do direito subjetivo em sentido técnico, direito subjetivo esse característico do direito privado, reside, pois, no fato de a ordem jurídica conferir a um indivíduo (...) - normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta – o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento desse dever, quer dizer, de por em movimento o processo judicial que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção

⁵⁹
concreta como reação contra a violação do dever.

Apesar de ser característico do Direito privado, conforme já mencionado, os direitos subjetivos foram reduzidos a esse conceito, com base no qual se recusava o *status* de direitos

57 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 73

58 Declaração Universal dos Direitos humanos, art. 22. Disponível em: www.portal.mj.gov.br. Acessado em 21.11.2010.

59 KELSEN, Hans. *Apud* MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In Desafios dos Direitos sociais. MELLO, Cláudio Ari (Coord), p 105-138, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 107-108.

subjetivos aos direitos fundamentais do homem, uma vez que não apresentavam todas as características básicas desse instituto jurídico, quais sejam, a positividade, a normatividade e a justiciabilidade.⁶⁰

Com efeito, Hans Kelsen se utilizou desse conceito para afirmar que os direitos e liberdades fundamentais não podem ser considerados direitos subjetivos em sentido técnico, uma vez que funcionam apenas como limites negativos à atividade do legislador, o que não lhe impõe um dever correlato de não editar leis lesivas aos direitos fundamentais, mas apenas reconhece um poder de anular tais leis através de um mecanismo judicial próprio a essa finalidade. Contudo, o autor concebeu uma hipótese em que os direitos fundamentais possam ser entendidos como direitos subjetivos, que consiste na situação em que o ordenamento jurídico concede aos próprios indivíduos o poder de instaurar um processo judicial no qual possam anular uma lei ou um ato administrativo inconstitucional que cause lesão a um direito fundamental de que sejam titulares.⁶¹

Conforme Cláudio Ari Mello, a aceitação de Kelsen da hipótese referida acima representa o acolhimento, em sua obra, da evolução que se verificava naquele momento, em que se passava a atribuir aos direitos fundamentais o regime dos direitos subjetivos privados. Essa afirmação, no campo dos direitos fundamentais civis e políticos, teve início com a incorporação, nos ordenamentos jurídicos, do controle de constitucionalidade e da tutela dos indivíduos cujos direitos fundamentais haviam sido violados por lei ou ato administrativo. Note-se que a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições dos séculos XIX e XX não lhes havia garantido a aplicação do regime dos direitos subjetivos do direito privado, uma vez que não possuíam os atributos da normatividade e da justiciabilidade.⁶²

Também no campo dos direitos sociais, a sua positivação nas Constituições não implicou a sua subsunção ao regime dos direitos subjetivos em sentido técnico, na medida em que não acarretou, de imediato, a aceitação pela doutrina majoritária de que possuíam o atributo da normatividade, ou seja, de que imporiam ao Estado um dever jurídico correlato de adotar as condutas pertinentes à satisfação desses direitos. De acordo com essa concepção, os direitos sociais impõem um dever meramente político de editar as leis e praticar os atos administrativos necessários a satisfação das pretensões que fundamentam.⁶³

60 MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In *Desafios dos Direitos sociais*. MELLO, Cláudio Ari (Coord), p 105-138, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 107-108.

61 KELSEN, Hans. *Apud* Ibid, p. 108-109.

62 MELLO, op cit, p. 110.

63 Ibid., p. 119-120.

Contudo, essa ideia inicial foi substituída pela afirmação de que os direitos sociais consubstanciam-se em imposições constitucionais que vinculam o legislador e o administrador que devem praticar os atos necessários a sua concretização. Nesse contexto, insere-se a obra de José Joaquim Gomes Canotilho.⁶⁴

Contudo, ofereceu grande resistência a atribuição da justiciabilidade aos direitos sociais, no sentido de se reconhecer a possibilidade de se exigir judicialmente a sua satisfação. E nesse aspecto, são opostas duas objeções: na linha da teoria de Kelsen, defende-se que o ordenamento deve autorizar o titular de um direito a ajuizar uma ação judicial para obrigar o devedor a praticar o dever correlato; e, de acordo com uma segunda linha de argumentação, entende-se que os direitos fundamentais sociais somente podem ser assegurados mediante decisões políticas de alocação de recursos escassos.⁶⁵

Cláudio Ari Mello opõe-se a essas objeções, defendendo, em síntese, que, em relação a tese de Kelsen, a inexigibilidade é, no máximo, contingencial, na medida em que diversas Constituições atuais preveem a possibilidade de tutela judicial dos direitos sociais, como é o caso da Constituição brasileira, que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais no seu artigo 5º. Quanto ao segundo argumento, o autor sustenta que, de um ponto de vista neutro, não há nada na estrutura normativa dos direitos sociais que os impeça de serem judicialmente exigíveis, de forma que, na verdade, a tese da injusticiabilidade conceitual pertence a uma teoria política, a teoria liberal dos direitos fundamentais, na medida em que representa uma tomada de posição nos debates sobre as teorias jurídico-políticas sobre os direitos sociais.⁶⁶

O autor demonstra, ainda, que, na experiência brasileira, os direitos sociais têm sido tratados pelos Tribunais a partir do uso do conceito genérico de direito subjetivo em sentido técnico. Defende o autor, contudo, que, no campo dos direitos sociais, o discurso não pode ser limitado a reproduzir a argumentação típica dos direitos subjetivos do Direito privado. Isso porque a tutela judicial dos direitos sociais exige o recurso a argumentos políticos e morais, a fim de que se definam quais os direitos sociais justiciáveis, qual a forma processual adequada para buscar a sua efetividade (se individual ou política) e em que extensão eles devem ser garantidos pelo Judiciário. Isso decorre do fato de que o dever de prestar serviços que garantam os direitos sociais é apenas imediatamente do Estado, mas mediadamente da comunidade, cabendo a ela determinar em que medida pretende se comprometer com o dever

64 MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In *Desafios dos Direitos sociais*. MELLO, Cláudio Ari (Coord), p 105-138, Porto Alegre: Livraria dos Advogados., p. 122.

65 *Ibid.*, p. 126-127.

66 *Ibid.*, p. 127-130.

de solidariedade e assistência.⁶⁷

Luis Fernando Barzotto, por sua vez, defende a inadequação da dogmática jurídica, formada a partir do Direito privado, para tematizar os direitos humanos. Essa deficiência, para o autor, revela-se na medida em que a dogmática jurídica mede o humano a partir do Direito, enquanto que nos direitos humanos a pessoa é a medida do Direito. Além disso, são apresentadas duas consequências advindas da tentativa de reduzir os direitos humanos à lógica dos direitos subjetivos da dogmática jurídica: de um lado, a defesa de que, diante da ausência de previsão normativa dos direitos humanos, os mesmo não existem; e, de outro, a pretensão de que os direitos humanos sejam entendidos como direitos subjetivos na perspectiva da dogmática jurídica, o que implica pensá-los como direitos tuteláveis pela via judicial.⁶⁸

A partir dessas constatações, o autor defende a tese de que os direitos humanos não podem ser pensados como direitos subjetivos no sentido da dogmática jurídica e propõe que sejam entendidos como direitos subjetivos na perspectiva da ética tomista.⁶⁹

A partir da análise estrutural dos direitos humanos, é proposto um conceito de direito subjetivo em que o titular do direito é a pessoa humana e o titular do dever é o co-humano, na acepção da ética da fraternidade do pensamento tomista, que representa uma explicitação filosófica da noção de próximo do cristianismo, segundo a qual é titular do dever correlato em relação aos direitos humanos todo aquele que se defronta com uma pessoa humana. Supera-se, pois, a visão liberal que remete ao Estado a titularidade do dever no tocante aos direitos humanos. Quanto ao objeto dos direitos humanos, esse não é entendido como uma faculdade ou poder subjetivo, conforme propõe a dogmática jurídica, e sim como o justo subjetivo, ou seja, aquilo que é devido/adequado a um membro da sociedade em sua singularidade, porém em função do bem comum e mantendo-se uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade.⁷⁰

O autor demonstra a lógica do direito subjetivo entendido como justo tomando como exemplo o caso da saúde. Na perspectiva do direito à saúde como poder subjetivo, entende-se que garantir ao indivíduo esse direito implica dizer que ele tem a possibilidade de forçar o

67 MELLO, Cláudio Ari. Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo. In *Desafios dos Direitos sociais*. MELLO, Cláudio Ari (Coord), p 105-138, Porto Alegre: Livraria dos Advogados, p. 130-136.

68 BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática Jurídica a Ética. In *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul, n. 56, p. 47-88, 2005, p. 47-49.

69 *Ibid.*, p. 49-50.

70 *Ibid.*, p. 53-73.

Estado a entregar-lhe um tratamento ou remédio através do Judiciário. Nesse sentido, o direito à saúde remete a um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento, sem que se leve em conta o impacto que isso terá em relação à coletividade.⁷¹

Já na perspectiva do direito à saúde como justo subjetivo, a saúde em si mesma é considerada naturalmente adequada ao ser humano, mas o direito a esse bem não deve ser considerado do ponto de vista do indivíduo isolado, mas como uma relação de justiça que o indivíduo possui com os demais membros da comunidade. Deve-se analisar o que é adequado a um indivíduo como membro de uma comunidade.⁷²

Já em relação a categoria dos direitos públicos subjetivos, a sua elaboração dogmática começa na Alemanha no século XIX, representando de um lado um esforço de explanação dos direitos das pessoas perante as entidades públicas (adequada ao estágio do então Direito da Alemanha) e de outro uma reação contra o Direito natural. Nesse sentido, o conceito de direito subjetivo público reporta-se a uma visão positivista e estatista.⁷³

Nas palavras de Jorge Miranda:

Direitos subjectivos (*sic*) públicos significam direitos subjectivos (*sic*) atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjectivos (*sic*) atribuídos por normas de Direito privado. Ora, essa simetria poderia inculcar identidade de natureza – quando a priori nada a justifica, quando se apresenta extremamente heterogênea a estrutura dos direitos das pessoas garantidos pela Constituição e quando, no mínimo, se afigura duvidosa a qualificação de alguns como direitos subjectivos (*sic*)”⁷⁴

Note-se que o âmbito dos direitos subjetivos públicos abrange não só situações jurídicas ativas das pessoas frente ao Estado, como também outras situações, assim as inerentes a titularidade de cargos públicos, as abrangidas pelo Direito Administrativo, Tributário, Processual e, ainda, os direitos de entidades públicas, enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas.⁷⁵

Sobre a problemática em questão, Ingo W. Sarlet defende que sempre que se estiver diante de uma demanda por prestação positiva de cunho emergencial, cujo não atendimento acarretaria o comprometimento de bens essenciais, como a vida, a integridade física e a

71 BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática Jurídica a Ética. In Os Desafios dos Direitos Sociais. Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul, n. 56, p. 47-88, 2005., p. 75.

72 Ibid., p. 75.

73 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p 56

74 Ibid., p., 57

75 Ibid., p 58.

dignidade da pessoa humana, há de se reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação requerida em juízo. Contudo, o autor adverte que um direito subjetivo a prestações não abrange toda e qualquer prestação, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares básicas. Nessa esteira, a solução deve ser buscada no caso concreto, mediante uma compatibilização dos bens em jogo, fazendo prevalecer os bens mais relevantes.⁷⁶

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustenta que, assim como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos, constituindo-se em poderes de exigir uma prestação concreta por parte do Estado. Contudo, defende que a garantia que o Estado dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos, o que gera pesados encargos ao Estado e, indiretamente, aos contribuintes. Diante desse aspecto, questiona o autor até que ponto deve o Estado dar o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar a busca do indivíduo por esses direitos? Questiona, ainda, até que ponto a proteção judicial da perspectiva positiva desses direitos é possível e efetiva? Ressalta que a efetivação dos direitos sociais, nos casos em que reclama políticas públicas, dificilmente pode advir de uma decisão judicial, uma vez que a instituição de tais políticas depende de fatores que não se coadunam com âmbito tradicional de atuação do Judiciário.⁷⁷

Portanto, tendo em vista as considerações expostas, resta assentado que não é possível entender um direito social como um direito subjetivo na concepção do direito privado, em que o cidadão é credor de toda e qualquer prestação na área da saúde, possuindo o Estado um dever correlato, passível de ser justiciável. Na esteira da melhor doutrina, os indivíduos possuem um direito público subjetivo a serviços públicos instituídos pelo Estado em atenção ao Bem Comum.

1.1.4 O direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro: Constituição, legislação infraconstitucional e política de distribuição de medicamentos

Luís Roberto Barroso faz interessante histórico da trajetória da saúde no Brasil.⁷⁸ Conforme o autor, no campo da saúde, no Brasil, foi somente a partir do fim do século XIX

76 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. in Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, n 12, p 103

77 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 8º ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49-52.

78 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte:Fórum, 2007, p. 40-47.

que o Estado passou a praticar ações mais efetivas. De início essa atuação se deu a partir de algum controle sanitário, de combate à lepra e à peste e através de campanhas com o uso da força policial. Não havia, entretanto, ações curativas efetivadas por parte do Poder Público.

Somente a partir da década de 30, é feita a estruturação básica do sistema público de saúde e passam a ser oferecidas também ações curativas. É criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, que substituiu o Departamento Nacional de Saúde Pública, o qual era vinculado ao Ministério de Justiça. Foram criados os Institutos de Previdência (IAPs), que ofereciam ações na área da saúde de caráter curativo, mas que se limitavam a categoria profissional do Instituto respectivo. Portanto, nessa etapa, o serviço não era oferecido de forma universal, mas somente aos trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência.

Os IAPs foram unificados em 1960, criando-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), do qual todo trabalhador com carteira assinada era contribuinte e beneficiário. Ocorre que a grande massa de indivíduos que não integrava o mercado de trabalho formal não possuía acesso às ações na área da saúde. Além disso, o sistema daquele momento apresentava outros problemas, tais como a impossibilidade de solucionar os principais problemas coletivos, uma vez que foi priorizada a saúde curativa.

Com a promulgação da Constituição de 1988, deu-se a criação do Sistema Único de Saúde e todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. Note-se que A Constituição Federal de 1988 determina, no art. 196, que ' (...) a saúde é direito de todos (...) ' ⁷⁹.

Conforme defende Ingo W. Sarlet, a nossa Constituição vigente consagrou expressamente a saúde como direito fundamental da pessoa humana. Vejamos:

Assim, a saúde comunga, na nossa ordem jurídico constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (...). A fundamentalidade formal encontra-se ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico (...); b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetido aos limites formais (...) e materiais (...) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. (...). Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à ⁸⁰ relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional (...)

79 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 196.

80 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. in Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, n 12, 2001, p. 92-93.

O direito à saúde encontra-se previsto, genericamente, no art. 6º, da CF, e, também, nos seus artigos 196 a 200. Tais dispositivos, além dos pactos internacionais ratificados e incorporados pelo Brasil, integram o direito à saúde na nossa ordem constitucional.

Ocorre que a nossa Constituição escrita não define, ao menos expressamente, em que consiste o objeto do direito à saúde, se abrange todo e qualquer tipo de prestação ou se se encontra limitado a prestações básicas e vitais. Nessa senda, quem vai definir o que é o direito a saúde é legislador infraconstitucional, cabendo ao Poder Judiciário, ao ser acionado, interpretar as normas constitucionais e infraconstitucionais.⁸¹

De acordo com o sistema normativo vigente partir da Constituição de 88, cabe à União e aos Estados legislar concorrentemente em matéria de saúde (art. 24, XII, CF/88), cabendo ao primeiro o estabelecimento de normais gerais e ao segundo suplementar a legislação federal (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88), sendo que pertine ao Município legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, I e II, CF/88). Quanto à competência administrativa, os três entes federativos podem formular e executar políticas públicas de saúde, já que a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II, CF/88).

Contudo, conforme adverte Luís Roberto Barroso, '(...) *A atribuição de competência comum não significa [...] que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos dividissem competência irrestrita em relação a todas as questões.*'⁸²

Nesse novo modelo proposto pela Constituição vigente, a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS) foram fixados Lei 8.080 de 1990, de acordo com a qual, '*o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).*'⁸³

O referido diploma legal determina, ainda, no que consiste o dever do Estado na área da saúde. Veja-se:

Art. 2º[...]

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de

81 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. in Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, n 12, 2001, p 102.

82 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 43.

83 BRASIL, Lei 8.080 de 1990, art. 4º.

políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.⁸⁴

Note-se que, além de estruturar e de fixar as atribuições do SUS, a Lei 8.080/90 estabelece, no seu art. 7º, os princípios que devem orientar a sua atuação, dentre os quais, destaca-se: o princípio da universalidade, o da igualdade, o da subsidiariedade, o da descentralização e o da municipalização. Nesse sentido, deve-se garantir a todas as pessoas, observando-se a igualdade, o acesso aos serviços e ações disponíveis, os quais serão prestados de forma descentralizada, atribuindo-se ao Município a responsabilidade prioritária na execução das políticas públicas.

Considerando a descentralização político-administrativa estabelecida pela Lei referida, foi estabelecida a esfera de atuação de cada um dos entes federados. Dessa forma, à direção nacional do SUS, atribuiu-se a competência de '*prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento de sua atuação institucional*'⁸⁵, bem como outras atribuições previstas no seu art. 16. Já à direção estadual do SUS, atribuiu-se as competências previstas no seu art. 17, dentre elas, destaca-se a de '*promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde [e de] prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde*'⁸⁶.

Acrescente-se que a Lei 8.080/90 se fez acompanhar de ampla regulamentação, que se deu através de Portarias editadas pelo Ministério da Saúde, dentre as quais a Portaria n. 3.916/98, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos. Essa se encontra inserida na Política de Saúde do País.

A Política Nacional de Medicamentos consubstancia-se em um instrumento para a efetiva implementação de ações que visam a melhoria nas condições de vida dos indivíduos e possui como objetivo garantir o acesso e o uso racional de medicamentos para todos os setores da população de acordo com o seu perfil de morbimortalidade.⁸⁷ Note-se que é fundamentada no conceito de medicamentos essenciais da Organização Mundial da Saúde (OMS) que os define como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da

84 BRASIL, Lei 8.080 de 1990, art. 2º, §§1º e 2º.

85 Ibid., art.16, XIII.

86 Ibid., art.17, I e III.

87 Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME - 2000. Gerência de Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, 2000, p. 9.

população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).⁸⁸

A Portaria n. 3.916/98 é a base de toda a política de distribuição de medicamentos, uma vez que as demais nela se apoiam. Segundo o referido ato normativo, a Política Nacional de Medicamentos tem como propósito '*garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade desses produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais*'⁸⁹. Assim, as suas principais diretrizes são a definição dos medicamentos essenciais, a reorientação da assistência farmacêutica, o desenvolvimento científico e tecnológico, o desenvolvimento e capacitação dos recursos humanos, a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, bem como o estímulo à sua produção, ao seu uso racional e à sua regulamentação sanitária.

Ainda, conforme a referida Portaria, cabe ao gestor federal promover a elaboração, revisão periódica e a atualização do RENAME, que consiste na Relação Nacional de Medicamentos. Por sua vez, ao gestor estadual cabe definir a relação estadual de medicamentos, com base no RENAME e em conformidade com o perfil epidemiológico do Estado, bem como a definição dos medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de caráter excepcional. Por fim, ao gestor municipal cabe definir a lista municipal de medicamentos essenciais com base no RENAME a partir do perfil nosológico do Município e assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando a sua programação à do Estado.

Portanto, como bem observa Luís Roberto Barroso, quanto ao fornecimento de medicamentos, não existe uma omissão normativa por parte do Executivo e do Legislativo. Na verdade, as listas revelam as opções feitas pelo Poder Público considerando os orçamentos e as diretrizes traçadas pela Política Nacional de Medicamentos.⁹⁰

88 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31,61, Belo Horizonte:Fórum, 2007, p. 45.

89 BRASIL, Ministério da Saúde, Portaria n. 3.916/ 98.

90 BARROSO, op cit. , p. 47

1.2 A RESERVA DO POSSÍVEL E A ESCASSEZ DE RECURSOS

1.2.1 O custo dos direitos, a escassez de recursos e as escolhas alocativas

Conforme já analisado, é corrente na doutrina o entendimento de que o conteúdo dos direitos de liberdade é negativo e o dos sociais é positivo, na medida em que aqueles impõem um dever de abstenção do Estado e estes um dever de ação. Contudo, essa distinção é insuficiente, na medida em que há dimensões positivas de direitos negativos, bem como há direitos sociais cujo conteúdo é preponderantemente negativo.⁹¹

Com efeito, atualmente, os direitos de liberdade não importam tão somente em um dever de abstenção do Estado, mas também de condutas estatais positivas, que assegurem a proteção dos direitos fundamentais de primeira dimensão, seja criando um aparato normativo que impeça os indivíduos de praticarem atos que atentem contra as liberdades dos demais membros da sociedade, seja fiscalizando, seja garantido acesso aos remédios judiciais, apenas para citar alguns exemplos. Inclusive, atualmente, os direitos de liberdade são muitas vezes ameaçados não pela ação estatal, mas pela ação da sociedade ou de outros indivíduos, como é o caso, por exemplo, do direito a privacidade que pode ser ameaçado pela imprensa. Por outro lado, há direitos sociais que são eminentemente negativos, como é o caso do direito à sindicalização e o direito à greve que, apesar de possuírem um aparato normativo, não dependem, via de regra, de uma prestação estatal positiva para serem efetivados.⁹²

Nesse contexto, é possível afirmar que todos os direitos, sejam os de liberdade sejam os sociais, podem implicar custos. Ressalte-se que também os direitos de liberdade, para serem gozados, necessitam de um aparato estatal, que, para ser mantido, implica custos que serão atendidos com os recursos do Estado, os quais, em última instância, são os recursos da comunidade.

Mas, conforme observa José Reinaldo de Lima Lopes, os custos decorrentes dos direitos de liberdade e dos direitos sociais são diferentes. Em relação aos primeiros, não existe uma relação necessária e diretamente proporcional entre os custos do aparato estatal e o benefício que o interessado obtém do mesmo. Nessa situação, um aparato bem montado deveria funcionar adequadamente para os diversos casos independentemente das suas especificidades e complexidade. Tome-se, como exemplo, o caso do aparato judicial, em que não há uma relação direta entre o custo gerado pelo processo judicial e o benefício que o

91 AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 37-38.

92 Ibid., p. 44.

indivíduo pretende obter. Já em relação aos direitos sociais, via de regra, o custo varia conforme a necessidade de cada indivíduo, uma vez que a prestação positiva varia de acordo com as condições específicas do interessado.⁹³

É verdade que, se considerado o saneamento básico, por exemplo, que possui estreita relação com a saúde dos indivíduos, é possível sustentar que os seus custos não possuem relação diretamente proporcional com os benefícios alcançados. Contudo, o argumento apresentado pelo autor é relevante, na medida em que grande parte dos direitos sociais apresenta essa relação de proporcionalidade. É o caso da saúde curativa, por exemplo, em que os custos decorrentes de um tratamento são vinculados as especificidades da doença de um determinado indivíduo.

Além disso, o objeto da prestação varia conforme se pretenda a proteção de uma liberdade ou se pretenda a garantia de um direito social. Isso porque, no primeiro caso, a prestação é de recursos indiretos para a manutenção de algo que se obtém independentemente da ação estatal. Por exemplo, no caso de proteção a propriedade, o Estado não tem o dever de garantir que todos a possuam, mas que aqueles que dispõem desse bem, não sejam esbulhados de seu direito. Já no caso dos direitos sociais, a situação é diversa, pois a prestação que se busca é a própria prestação do serviço. Tome-se o caso da saúde, em que não se pretende apenas que o indivíduo não seja frustrado na sua busca individual pelo acesso à saúde, mas que o Estado supra essa demanda.⁹⁴

Contudo, ainda que se reconheça que a identificação dos direitos de liberdade como direitos negativos e dos direitos sociais como positivos seja, em certa medida, artificial, e que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais implicam custos, importa, para o presente estudo, observar que há direitos fundamentais que dependem de ações positivas estatais para serem efetivados no plano dos fatos. Tais ações demandam gastos, os quais serão suportados pelo Estado; em última instância, pelo conjunto das pessoas que compõe uma comunidade.

Esse é o caso do direito social à saúde, pelo menos em sua dimensão positiva, como direito social que deve ser garantido pelo Estado, mediante políticas públicas e sociais, nos termos do artigo 196 da nossa Constituição, e cuja efetividade depende intrinsecamente de condutas estatais positivas que implicam custos.

Ainda que as ações e serviços médicos possam ser promovidos pela iniciativa privada,

93 LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. SARLET, Ingo W; TIM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008, p. 175-177.

94 *Ibid*, p. 175-177.

conforme dicção do artigo 199 da Constituição Federal, parcela significativa da população depende da ação estatal para ter acesso à saúde, uma vez que não dispõe de recursos financeiros para custear tratamentos e remédios ou sequer para participar de planos de saúde. Além disso, a garantia desse benefício não depende apenas do acesso a tratamentos e remédios, mas também de políticas públicas de saneamento e de prevenção. Portanto, a efetivação desse direito, especialmente quando se trata das parcelas mais carentes da população, depende, necessariamente, de prestações positivas pelo Estado, que possui o dever, na nossa ordem constitucional, de implementar políticas públicas na área da saúde. Por sua vez, a ação do Estado voltada à implementação de políticas públicas demanda meios materiais, como recursos financeiros, profissionais especializados, equipamentos, entre outros.

Sobre o assunto, José Reinaldo de Lima Lopes adverte que a implementação de políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais pelo Estado depende, pelo menos, de gastos públicos e de uma legislação infraconstitucional, seja organizando o serviço a ser prestado, seja promovendo o serviço indiretamente pelos particulares. Nesse sentido, sustenta a necessidade de o Estado planejar as suas contas e de planejar o desenvolvimento nacional, o que inclui a efetivação dos direitos sociais, uma vez que sem os planos e orçamentos, não é possível implementar políticas públicas.⁹⁵

Portanto, a satisfação de pretensões fundadas no direito social à saúde perante o Estado depende de uma legislação infraconstitucional, bem como de meios materiais. Esses, por sua vez, são, intrinsecamente, finitos. Nesse sentido o ensinamento de Gustavo Amaral, segundo o qual, os recursos necessários à satisfação das demandas sociais são finitos, uma vez que o Estado deve dispor de recursos humanos, ou seja, de pessoas que desempenhem as funções públicas, bem como deve dispor de meios materiais, sendo que ambos são limitados pelos recursos financeiros de que dispõe o Estado. A busca dos recursos financeiros pelo Estado, por sua vez, encontra-se limitada por outros direitos fundamentais, como as garantias dos contribuintes e a proibição de confisco.⁹⁶

Por outro lado, são infinitas as necessidades, inclusive porque os padrões que se pretende sejam atendidos modificam-se no decorrer da história. Por exemplo, a saúde se resumia no passado a saneamento e vacinação e, hoje, compreende não só uma assistência

95 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 122, 1994, p 258-259

96 AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 59.

preventiva, mas também curativa.⁹⁷ No caso específico da saúde, é possível apontar, ainda, outros fatores que agravam a infinitude das necessidades, como os avanços científicos e tecnológicos. O progresso da medicina é notório e possibilita tratamentos antes inimagináveis, o que de um lado torna disponíveis procedimentos e remédios cada vez mais caros, aos quais as pessoas querem (e precisam) ter acesso, e de outro, o envelhecimento da população e o aumento a expectativa de vida das pessoas, que passam a depender da assistência estatal por mais tempo. Tais avanços são extremamente positivos, é verdade, mas não se pode deixar de notar que implicam custos cada vez maiores aos Estados que passem a fornecê-los. Acrescente-se a isso o fato de que quando se trata de saúde, são necessários, também, recursos não financeiros, como órgãos para transplantes, profissionais especializados e equipamentos.⁹⁸

Portanto, tendo em vista que as necessidades são infinitas, mas os meios materiais necessários à sua satisfação são finitos, põe-se a questão da escassez de recursos. É escasso um recurso que não existe em quantidade suficiente para atender a todos que dele necessitam. Tomemos como exemplo a situação do transplante de órgãos, recurso do qual, sabidamente, diversas pessoas necessitam para sobreviver, mas que é intrinsecamente escasso. No caso, como a necessidade é maior do que a disponibilidade do recurso, a adoção de uma opção disjuntiva se impõe, já que, inevitavelmente, alguém não será atendido, ainda que todas as pessoas, apenas pela sua condição humana, sejam destinatárias da norma constitucional que garante o direito à saúde.

Quando se trata do direito à saúde, a referência a recursos financeiros pode parecer insignificante e desumana, tendo em vista o bem que se pretende proteger que é intrinsecamente relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, valor último de nossa ordem constitucional. Além disso, conforme bem aponta Gustavo Amaral, se considerado isoladamente, não há tratamento que suplante o orçamento dos entes federados.⁹⁹ Contudo, o dinheiro público é, inevitavelmente, recurso escasso, em razão do que a atenção aos custos se faz necessária. É escasso porque, além de finito, é recurso inexorável, uma vez que depende de fatores econômicos, tais como a riqueza produzida no país, e, inclusive, do respeito a outros direitos fundamentais, tais como as garantias dos contribuintes. Além disso, o Estado deve considerar os custos gerados pelo atendimento de toda a coletividade e de múltiplas demandas nas diversas áreas sociais, e não tendo em vista apenas um caso

97 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 59.

98 *Ibid.*, p. 59.

99 *Ibid.*, p. 59.

particular.

Nesse sentido, salutar é a posição de Stephen Holmes e Cass R. Susntein, trazida por Gustavo Amaral:

Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e determinados. Todavia, isso é mero floreio retórico. **Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja eficácia pressupõe o gasto seletivo dos recursos dos contribuintes pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem observância das consequências orçamentárias que afetam as competência dos outros poderes (...)**

Levar o custo dos direitos em conta é então se portar como um administrador prudente, que se indaga como alocar inteligentemente recursos limitados, levando em conta o amplo espectro de bens e utilidades públicas. Os direitos assegurados em lei têm 'custos de oportunidade'; quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos. A questão é sempre: poderiam os ¹⁰⁰ recursos públicos ser alocados com mais justiça de um outro modo? (grifo nosso)

Atento ao problema, Jorge Miranda defende que, considerando-se que as normas são abundantes e os recursos escassos, se nem todos os direitos sociais e econômicos puderem ser atendidos, haverá de se determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário implicaria na inutilização dos comandos constitucionais, uma vez que querer-se-ia ¹⁰¹ tudo fazer, sem nada conseguir-se fazer.

Portanto, considerando que os recursos necessários para dar efetividade ao direito à saúde são intrinsecamente escassos, diante do que se faz necessária a adoção de escolhas alocativas, impõe-se a adoção de critérios a fim de determinar quais demandas serão atendidas. Deverão ser atendidas as pessoas cujas moléstias são mais graves? Aqueles que possuem maior risco de vida? Os indivíduos cujo tratamento é menos custoso ao Estado? Aqueles que ingressaram antes em uma fila de espera? Aqueles que tiveram acesso ao judiciário e conseguiram uma liminar?

Gustavo Amaral, utilizando-se dos ensinamentos de Jon Elster, salienta, ainda, o caráter disjuntivo das escolhas em um universo de escassez de recursos, uma vez que a opção por um bem ou serviço dá-se a expensas de outro. Por exemplo, quando são alocados recursos para a educação, essa decisão ocorre a expensas dos idosos, que, via de regra, não usufruem esse benefício. ¹⁰² Utilizando-se dessa lógica na área da saúde, não é difícil

100 HOLMES, Stephen & SUSTEIN, Cass R. *Apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 44.

101 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 392-393.

102 ELSTER, Jon. *Apud* AMARAL, op. cit. p. 82.

constatar que a decisão de alocar recursos para o tratamento de uma doença pode ocorrer, em diversas situações, em detrimento de outro. Por exemplo, ao se decidir por investir em tratamentos para câncer, inevitavelmente, haverá menos recursos para atender as demais demandas médicas.

Tendo em mente essas considerações, Gustavo Amaral ressalta, acertadamente, que esse caráter disjuntivo, muitas vezes, traz consequências que não conseguem ser imaginadas na ótica da microjustiça.¹⁰³ Nesse sentido, o autor trata dos princípios de justiça distributiva, que consistem nos diversos parâmetros que podem ser utilizados na alocação dos recursos. Existem concepções que distribuem de acordo com as necessidades de cada um, ou com o seu merecimento, ou, ainda, com base em critérios igualitaristas, como filas.¹⁰⁴ Disso se conclui que não existe um critério único a ser adotado para a tomada de decisões alocativas.

Posições que defendem que todos devem ter acesso irrestrito à saúde, sem considerações aos custos, reconhecendo às pessoas um direito subjetivo ao recebimento de quaisquer tratamentos, em última análise, acabam por minar a efetividade do direito que pretendem proteger. Isso porque as demandas por tratamentos devoram os recursos financeiros, sem que haja uma racionalização e planejamento quanto ao seu uso.

Note-se que, no Brasil, se, de um lado, o atendimento das mazelas que atingem ricos e pobres é, muitas vezes, considerada bastante eficiente, como no caso da AIDS, parte da população brasileira sofre, ainda, de doenças da miséria como desnutrição, febre amarela e cólera. Portanto, impõe-se que se leve em consideração a escassez de recursos e a consequente necessidade de escolhas alocativas.

1.2.2 Mínimo existencial e reserva do possível

O mínimo existencial carece de conteúdo específico, representando a dimensão essencial e inalienável de qualquer direito. Trata-se do mínimo de dignidade humana e condições materiais necessárias à existência humana e ao exercício da liberdade. Note-se que o fundamento desse núcleo essencial encontra-se nas condições necessárias para o exercício da liberdade real (e não apenas liberdade como ausência de opressão). Além disso, o direito às condições mínimas de existência é inerente à pessoa humana, de forma que condiciona o

103 AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 82.

104 *Ibid.*, p. 94.

ordenamento jurídico e se consubstancia em um direito público subjetivo.¹⁰⁵

O mínimo existencial relaciona-se com o conceito de pobreza absoluta, que decorre da desigualdade social, devendo, pois, ser combatida pelo Estado, em atenção ao princípio da igualdade. Em contrapartida, a pobreza relativa, que decorre de causas de produção econômica e redistribuição de bens, é objeto de políticas orçamentárias e fundamenta-se nas condições de justiça social.¹⁰⁶

Ricardo Lobo Torres sustenta que o mínimo existencial é composto por um *status negativus libertatis*, que representa a esfera de atuação e de omissão do indivíduo na qual o Estado não pode intervir, e um *status positivus libertatis*, cuja proteção demanda prestações positivas por parte do Estado que garantam as condições de liberdade. Contudo, o *status positivus libertatis* não se confunde com o *status positivus socialis*, que diz respeito aos direitos econômicos e sociais e à seguridade social. O último, que se consubstancia no fornecimento dos serviços públicos inessenciais e nas prestações financeiras em favor dos mais necessitados, depende da situação econômica conjuntural do País.¹⁰⁷

Nessa esteira, os direitos econômicos e sociais são previstos em normas constitucionais programáticas, sem caráter vinculante, pois sua efetivação depende da concessão do legislador ordinário, a qual pode ser orçamentária. Logo, esses direitos existem sob a reserva do possível ou, em outras palavras, sob a reserva da lei orçamentária e do empenho, por parte da Administração, da despesa necessária. Em contrapartida, a proteção do mínimo existencial prescinde de lei infraconstitucional e não se encontra sob a reserva do possível, de forma que o Judiciário pode, inclusive, determinar a sua entrega, já que a sua efetivação não se encontra sob a discricionariedade do legislador e do administrador.¹⁰⁸

Contudo, adverte o jurista que a distinção entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é pouco nítida, especialmente após as emendas constitucionais que vinculam o orçamento na área da saúde e da educação. Nesses casos, defende que cabe ao Judiciário obrigar ao Legislativo e à Administração aplicar a política pública adequada, através do reconhecimento da intangibilidade do mínimo existencial e determinação da prática dos atos orçamentários cabíveis, o que não significa dizer que pode o Judiciário determinar a entrega de bens públicos individualizados, como remédios, por exemplo, o que

105 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, p. 29-32.

106 Ibid, p. 30 e 32.

107 Ibid., p. 35-40.

108 Idem. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. SARLET, Ingo W.; TIM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008. p. 81-82.

apenas contribui para a dilapidação do patrimônio público. Contudo, aponta a falta de melhores instrumentos que permitam vincular o legislador no orçamento seguinte. Nesse sentido, refere a importância que teve, nos Estados Unidos, para a efetivação dos direitos sociais fundamentais, a possibilidade de alocação de recursos pelo próprio Judiciário.¹⁰⁹

No que tange especificamente ao direito à saúde, o autor entende que não se trata de um direito originariamente fundamental, *status* que possui, contudo, na parcela mínima necessária a sobrevivência do homem. O autor não oferece critérios para definir o núcleo essencial desse direito, mas afirma que a medicina curativa encontra-se dentre os direitos econômicos e sociais que dependem da concessão pelo legislador.¹¹⁰

José Reinaldo de Lima Lopes, tratando da problemática em torno da reserva do possível, parte de uma análise analógica com outros três institutos jurídicos: impossibilidade da obrigação, a doutrina da questão exclusivamente política e a cláusula potestativa.¹¹¹

Inserindo-se o debate acerca da reserva do possível na dinâmica das obrigações, é possível apontar a impossibilidade jurídica de se alocarem e criarem recursos em contrariedade as regras do orçamento, que possuem fonte constitucional, e a impossibilidade econômica, que decorre da escassez dos recursos, o que implica que sejam distribuídos segundo regras que pressuponham o direito igual de todos, de modo a não excluir ninguém.¹¹²

Por sua vez, a doutrina da questão política é relevante na medida em que a escassez pode advir das escolhas que podem vir a favorecer uma área em detrimento de outra. Dessa forma, toma vulto a questão de se estabelecer quem possui legitimidade para fazer as escolhas legais e políticas que envolvam a alocação dos recursos da sociedade. Essas decisões são eminentemente políticas, não jurídicas, uma vez que são decisões de conveniência e de oportunidade. Logo, devem ser tomadas pelos poderes que prestam contas as maiorias, quais sejam, os poderes Legislativo e Executivo.¹¹³

Por outro lado, utilizando-se do instituto das cláusulas potestativas, o autor defende que a judicialização em torno dos direitos sociais não deve ser descartada *a priori*. Isso porque, considerando-se que a omissão do Estado pode fazer parecer que a realização dos

109 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. in Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. SARLET, Ingo W.; TIM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008, p. 81-82.

110 Idem. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, p. 29-32 p. 33.

111 LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. SARLET, Ingo W; TIM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008, p. 177.

112 Ibid., p. 178-179.

113 Ibid., p. 182.

direitos sociais depende totalmente de sua iniciativa, e que o direito não admite que a realização e consequências dos negócios jurídicos dependam exclusivamente de uma das partes, o judiciário impõe-se como um canal de comunicação da sociedade. Dessa forma, o Estado pode ser chamado para trazer explicações acerca de suas escolhas e prioridades.

Mas, essa conclusão não leva o autor a defender que o Judiciário deva conceder quaisquer benefícios relacionados à saúde àqueles que buscam o buscam. Pelo contrário, defende que conceder a um indivíduo um tratamento que sabidamente não pode ser concedido a todos viola o princípio da igualdade. Mas, enaltece as ações civis públicas e as ações de improbidade como importantes mecanismos para suprir as omissões nos direitos sociais.¹¹⁴

Ainda que o autor tenha analisado a reserva do possível sob um prisma do direito privado, a tese defendida pelo autor possui o mérito de trazer à discussão dos direitos sociais a questão referente a impossibilidade jurídica e econômica, bem como de salientar o aspecto político das escolhas alocativas de recursos.

Com efeito, considerando que as prestações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais importam em custos ao erário e tendo em vista que o orçamento é o meio pelo qual as despesas públicas são constituídas, organizadas e financiadas, é possível concluir que a criação e alocação de recursos em desatendimento ao orçamento é juridicamente impossível.

Além disso, especialmente na seara da saúde, conforme a própria dicção do artigo 196 da Constituição Federal, é necessário ressaltar o caráter igualitário e universal das ações do Estado. Portanto, ao se conceder um dado tratamento, deve-se considerar a possibilidade de entregá-lo a todos que dele necessitarem, bem como se os custos que advirão de seu fornecimento possibilitarão que outros tratamentos continuem sendo fornecidos. Põe-se dessa forma, a questão de se verificar a possibilidade econômica do Estado, que deve primar pelo acesso universal e igualitário dos serviços de saúde.

Portanto, verifica-se que, de um lado, existe um núcleo dos direitos sociais, o mínimo existencial, que se impõe seja efetivado e de outro os direitos sociais, cuja efetivação encontra obstáculo na reserva do possível. Dessa forma, a fim de se compatibilizar o mínimo existencial e a reserva do possível, destaca-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres, para quem, o mínimo existencial relaciona-se com o conceito de pobreza absoluta, que decorre da desigualdade social, devendo, pois, ser combatida pelo Estado, em atenção ao princípio da

114 LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. SARLET, Ingo W; TIM, Luciano Benetti (org.). Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2008, p. 187-188.

igualdade. Em contrapartida, a pobreza relativa, que decorre de causas de produção econômica e redistribuição de bens, é objeto de políticas orçamentárias e fundamenta-se nas condições de justiça social.¹¹⁵

Note-se que o autor não deixa claro no que se consubstancia o núcleo mínimo do direito à saúde que deve obrigatoriamente ser protegido pelo Estado. Mas, a partir da ideia de que o mínimo existencial relaciona-se com o conceito de pobreza absoluta, bem como de que se trata de um mínimo necessário ao exercício da liberdade real, é possível concluir que ao Estado cabem primordialmente as ações preventivas e o combate às doenças relacionadas à pobreza.

115 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 177, 1989, p. 29-32.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS

Conforme analisado na primeira parte do trabalho, o direito à saúde não é absoluto, de forma que o seu conteúdo encontra-se vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e limitado pela escassez de recursos. Diante desse cenário, cabe à regulamentação legal e administrativa definir o conteúdo do direito à saúde, em atenção aos princípios constitucionais.

Além disso, foi visto que o direito à saúde foi objeto de regulamentação, através da Lei 8.080/90, não sendo caso de omissão legislativa. Por sua vez, a assistência farmacêutica compreende os medicamentos essenciais e excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde.

Portanto, considerando a atribuição da Administração Pública para definir a política de assistência farmacêutica, é importante analisar qual a margem de liberdade que a mesma possui no cumprimento dessa tarefa. A partir disso, será possível analisar se as políticas públicas eleitas pelo SUS sujeitam-se ao controle judicial e em que medida.

2.1 PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1.1 Conceito e limites da discricionariedade administrativa

Conforme ensinamento de Miguel Seabra Fagundes, o processo de expressão da vontade estatal comporta opções entre as soluções existentes, o que se constitui no exercício da discricção, como atributo do Estado. Nesse sentido, qualquer dos três poderes pode apresentar-se investido do atributo da discricionariedade.¹¹⁶

O Poder Legislativo, como criador das normas jurídicas do direito positivo ordinário, possui ampla discricionariedade, a qual é limitada apenas pela Constituição. Cabe-lhe, dentro dos parâmetros constitucionais, criar a ordem legal ordinária. Ocorre que nem sempre o Legislativo, ao exercer a sua atividade, esgota as possibilidades de opção do exercício da atividade estatal, seja por abstenção voluntária seja por impossibilidade de abranger as múltiplas realidades supervenientes. Dessa forma, resta uma margem de exercício de

116 FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In Revista de Direito Administrativo, n. 23, p. 1-16, 1951, p. 7.

discrção aos poderes executores: o Executivo e o Judiciário.¹¹⁷

Também Germana de Oliveira Moraes aponta a existência uma área de atuação exclusiva de cada poder, cujos excessos se resolvem em termos de responsabilidade política.¹¹⁸ Nesse sentido, o Legislativo encontra seus limites de atuação no texto constitucional, de forma que seu controle se dá somente pelo controle de constitucionalidade. Já o juiz não admite ingerências externas em sua função judicante. Da mesma forma há uma atuação exclusiva da Administração, cujas manifestações são o mérito do ato discricionário e a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados.¹¹⁹

Com efeito, no Estado contemporâneo, extremamente complexo, não é possível que a lei seja sempre capaz de determinar em todos os seus detalhes a atuação dos agentes públicos. Dessa forma, ainda que no Estado de Direito toda a atividade pública esteja submissa à lei, essa sujeição não implica uma execução automática em todas as situações, sendo que a Administração, no exercício de sua competência definida legalmente, tem um campo de liberdade no desempenho de sua função. Portanto, existem situações em que a lei estabelece em todos os seus detalhes o comportamento dos agentes administrativos, enquanto há outras em que a lei lhes outorga certa margem de liberdade, no qual há um poder de escolha. Esse poder de escolha é o que comumente se reconhece por discricionariedade administrativa.¹²⁰

Afonso Rodrigues Queiró apresenta um conceito que, apesar de inserido no contexto do Direito português, bem sintetiza a ideia de poder discricionário no ordenamento pátrio. Conforme o mestre, *'o poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público.'*¹²¹

Nessa senda, a Administração dispõe de um poder discricionário quando o Direito regula a sua atuação de tal forma que lhe resulte um campo de liberdade, dentro do qual lhe cabe uma apreciação subjetiva quanto ao modo de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe sobre eles prover de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Contrapõem-se

117 FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In Revista de Direito Administrativo, n. 23, p. 1-16, 1951, p. 8.

118 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 104.

119 Ibid., p. 104.

120 COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990, p. 51-54.

121 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 97, p 1-8, 1969, p. 2.

aos atos praticados na competência do poder discricionário os atos vinculados, que dizem respeito ao âmbito de atuação da Administração que já está predeterminada de maneira completa pela lei, que prevê o único comportamento possível a que a mesma está sujeita.¹²²

Contudo, conforme já referido, a ação estatal é totalmente subjugada a um quadro normativo, uma vez que é próprio do Estado de Direito encontrar-se sujeito aos parâmetros da legalidade. Dessa forma, a atividade administrativa, em quaisquer de suas feições, é submissa aos termos constitucionais, legais e, inclusive, aos atos normativos expedidos pelo Poder Executivo. Em outros termos: a Administração somente pode fazer o que lhe é permitido por lei.¹²³

Nesse sentido, toda a atuação administrativa, inclusive no âmbito do poder discricionário, somente pode existir na medida em que esteja autorizada por lei. Portanto, o poder discricionário não decorre da ausência de lei, mas de um certo modo pelo qual a lei haja regulado a atuação administrativa.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o poder discricionário é, em verdade, simplesmente o cumprimento do dever de alcançar uma finalidade proposta pela ordenação normativa. Assim, o aparato legal prevê finalidades as quais a Administração está obrigada a buscar, de modo que o poder discricionário é mero instrumento do qual se usa a Administração para se desincumbir de seu dever.¹²⁴

Posto isso, convém expor as hipóteses em que irrompe a discricionariedade administrativa, que decorrem, em suma: da hipótese da norma¹²⁵, do comando da norma, e da finalidade da norma¹²⁶.

No primeiro caso, a discricionariedade decorre da omissão em descrever a situação fática que deflagrará a incidência da norma, ou do modo impreciso com o qual a norma descreve a hipótese, pelo uso de conceitos fluidos, imprecisos ou indeterminados.¹²⁷ Já a

122 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 9

123 *Ibid.*, p. 11-13

124 *Ibid.*, p. 14-15

125 Conforme a doutrina alemã, o poder discricionário manifesta-se sempre no plano da consequência jurídica, que se verifica na decisão quanto à adoção ou não de um determinado ato ou quanto a escolha do ato a ser adotado. COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990, p. 55.

126 Almiro de Couto e Silva aponta que é questionado na doutrina se existe discricionariedade na finalidade da norma. Ocorre que, conforme o autor, a par do fim genérico, que se consubstancia na utilidade pública, existe um fim específico de cada ato, em relação ao qual a lei pode conceder certa margem de liberdade. *Ibid.*, p. 57.

127 Conforme Eduardo García de Enterría, a moderna doutrina alemã defende que os conceitos indeterminados só possuem tal característica se considerados abstratamente, uma vez que, quando diante de

hipótese que advém do comando da norma verifica-se quando a mesma houver previsto alternativas de conduta ao agente público. Neste caso, podem ser estabelecidas opções quanto a expedir ou não expedir um ato, quanto a oportunidade adequada para a sua expedição, quanto a sua forma ou quanto a escolha da medida mais satisfatória diante dos fatos concretos. Por fim, a discricionariedade pode decorrer da finalidade da norma, na medida em que as finalidades são valores, que são conceitos plurissignificativos.¹²⁸

Em síntese, pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como a margem de liberdade que possui o administrador para eleger, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, um dentre pelo menos dois comportamento cabíveis, diante do caso concreto, a fim de atender a finalidade da norma.

Esclarecido o conceito de discricionariedade administrativa, cabe tratar da problemática acerca de seus limites. De acordo com Almiro de Couto e Silva, '*os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da ratio legis e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.*'¹²⁹ Respeitados esses limites, encontra-se a área de livre apreciação da Administração Pública, que concerne ao mérito administrativo.

Nada obstante, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que da discricção no comando da norma não decorre a possibilidade de o administrador adotar qualquer dos atos dentre os previstos, ou seja, que o fato de a norma regular uma situação em termos dos quais resulte discricionariedade não implica dizer que a norma abriu mão do propósito de que seja adotado o comportamento adequado para se atingir a sua finalidade. Dessa forma, diante da discricionariedade da norma, cabe ao administrador adotar a medida que, diante do caso concreto, atenda com absoluta precisão à finalidade da norma.¹³⁰

O autor fundamenta sua posição argumentando que a única razão para que se outorgue discricionariedade ao administrador reside no fato de que não é possível fixar previamente o

casos concretos, ganham univocidade. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22. No mesmo sentido, Almiro de Couto e Silva, aponta que, para a doutrina alemã, os conceitos jurídicos indeterminados estão insertos no suporte fático legal, sendo que os problemas com eles relacionados dizem respeito à interpretação da regra jurídica. COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990., p. 55. Também Afonso Rodrigues Queiró entende que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com o poder discricionário. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 97, p 1-8, 1969. Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que há situações em que os conceitos admitem intelecções diversas sem que uma esteja incorreta, do que decorre uma margem de discricionariedade na atuação administrativa. MELLO, op cit., p. 23.

128 MELLO, op cit., p. 19.

129 COUTO E SILVA, op cit., p. 51-92, 1990, p. 61.

130 MELLO, op cit., p. 19.

comportamento passível de atingir o interesse público que inspirou a norma, em todos os casos. Logo, caberia ao administrador, diante dos fatos, buscar a conduta capaz de alcançar com maior perfeição a finalidade da norma, já que a situação fática comporta as balizas à discricção traçada abstratamente na norma. Em outras palavras, a lei comporta possibilidades de soluções diversas na medida em que cada situação fática pedirá uma decisão pertinente para que se atinja a finalidade da norma. Nessa senda, em praticando o administrador ato discrepante do adequado, caberá ao Poder Judiciário prestar a adequada revisão ¹³¹jurisdicional.

Ocorre que, conforme bem adverte o autor, diante de alguns casos em concreto, diversas serão as soluções razoáveis e permissíveis encontradas, seja por divergências de opiniões, seja por dúvidas. Nesses casos, haverá uma opção de mérito do administrador, que não poderá ser atacada. ¹³²Por adequado, transcreve-se o conceito de mérito administrativo dado pelo autor:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única ¹³³adequada.

Em suma, haverá casos em que, apesar da discricionariiedade prevista pela norma, a finalidade da mesma, bem como os fatos postos pelo caso concreto impõem apenas uma solução razoável ou que, ainda que existente mais de uma solução adequada, certamente não é a adotada pelo administrador. Por outro lado, há casos em que haverá uma impossibilidade de se saber objetivamente, diante do caso concreto, qual a solução ótima, de sorte que o comportamento ideal, muitas vezes, é objetivamente incognoscível. Portanto, o controle da legitimidade não pode ser obstado pelo simples argumento de que, *prima facie*, o ato se encontrava no âmbito da discricionariiedade, podendo o interessado fazer prova de que, diante do caso concreto e, tendo em vista a finalidade da norma, havia apenas uma conduta ¹³⁴adequada.

Com efeito, também Almiro de Couto e Silva, reconhece que, diante de alguns casos

131 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 33-37.

132 *Ibid.*, p. 40.

133 *Ibid.*, p. 38.

134 *Ibid.*, 42-44.

concretos, a discricionariedade administrativa restará reduzida a zero, na medida em que apenas uma conduta será adequada. O autor traz, ainda, outra hipótese em que a discricionariedade administrativa é reduzida. Trata-se da hipótese em que, apesar de a lei ter previsto uma margem de liberdade na atuação dos agentes administrativos, a uniformidade de conduta dos mesmos, impõe que o mesmo comportamento seja adotado em casos futuros. Essa constatação decorre da aplicação do princípio da igualdade, da boa-fé e da segurança jurídica. Portanto, ainda que dentro do espaço reservado à discricionariedade da Administração, a sua conduta reiterada em um sentido a vincula para os casos futuros. É o que se entende como princípio da auto-vinculação administrativa.¹³⁵

Além da transgressão dos limites da discricionariedade, outro vício relaciona-se com o exercício do poder discricionário: abuso ou desvio do poder discricionário. É o caso de o agente praticar ato para o qual possui competência, mas com finalidade diversa da prevista na regra. Por exemplo, a transferência de funcionário por necessidade de serviço encontra-se no âmbito do poder discricionário do agente competente. Ocorre que a transferência não pode visar fim diverso daquele para o qual previsto, qual seja, necessidade do serviço. Não pode, pois, o agente, ainda que competente, transferir funcionário por motivo de vingança pessoal. Tanto o ato praticado em transgressão dos limites do poder discricionário, quanto o ato exercido com desvio de poder são inválidos.¹³⁶

Sobre o tema, Juarez Freitas, em importante obra sobre o controle dos atos administrativos, defende que, ainda que o direito reserve, em diversas situações, uma esfera ao discernimento administrativo, devem ser afastados os critérios exclusivamente políticos.¹³⁷ Conforme o autor, as escolhas administrativas devem poder ser juridicamente fundamentadas. Nesse sentido, não existe liberdade pura de escolha, uma vez que a mesma deve estar sempre em consonância com os princípios constitucionais, sob pena de nulidade do ato lesivo. Logo, a discricionariedade é sempre vinculada aos princípios, sendo que os atos vinculados, os quais chama de propriamente vinculados, e os atos discricionários, aos quais chama de atos de discricionariedade vinculada, somente diferem quanto ao grau de vinculação ao princípio da legalidade estrita. Tal assertiva resulta, em suma, da ideia de subordinação dos agentes públicos ao Direito.¹³⁸

135 COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990, p. 61-62.

136 Ibid., p. 63.

137 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217 e 221.

138 Ibid., p. 217 e 221.

Nessa esteira, o autor sustenta que os direitos fundamentais não devem ser sufocados em nome da discricionariedade administrativa, de forma que se deve buscar dar efetividade a esses direitos ao menos no que concerne ao núcleo essencial. Logo, a tutela dos direitos fundamentais deve servir para coibir ações ou omissões indevidas do Poder Público.¹³⁹

2.1.2 Dever de motivação dos atos administrativos

Conforme ensinamento de Juarez Freitas, os atos administrativos, tanto os vinculados quanto os discricionários, devem ser motivados, excetuando-se os de mero expediente e os ordinatórios de feição interna, quando auto-compreensivos ou quando a Constituição expressamente dispensar a sua motivação, como no caso de exoneração de ocupante de cargo em comissão. Além disso, sustenta que a fundamentação oferecida pelo agente público o vincula.¹⁴⁰

Motivação, que não se confunde com os motivos, é a exteriorização das razões que justificam o ato. Por outro lado, motivos são as situações de direito ou de fato que autorizam ou exigem a expedição de um determinado ato. Nesse sentido, motivo legal é a previsão abstrata, em uma regra, de uma situação de fato, enquanto que o motivo de fato é a própria situação fática, em vista da qual o ato é praticado. O primeiro deve ser passível de perfeita subsunção no segundo para que seja reputado válido. Note-se que os motivos referem-se a uma realidade objetiva, diferenciando-se, pois, do móvel do agente, que diz respeito ao propósito do mesmo ao praticar o ato e que possui relevância na perquirição do desvio de poder.¹⁴¹

A motivação é a enunciação da base legal e dos fatos em que se apoia o agente administrativo, bem como, quando houver discricionariedade, da relação de pertinência lógica entre a medida tomada e seu supedâneo fático, a fim de que se demonstre a idoneidade da primeira para atingir a finalidade legal. Trata-se, pois, da justificativa do ato.¹⁴²

Conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, a motivação dos atos administrativos é medida que se impõe na lógica do Estado de Direito. O mestre ressalta a importância da justificativa para que se verifique validade do ato, afirmando, ainda, que:

139 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 217-219.

140 Ibid., p. 222.

141 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 86-88.

142 Ibid., p. 98-99.

Faltando a enunciação da *regra jurídica* proposta como aplicanda, não se terá como saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à *competência* utilizada; omitindo-se a enunciação dos *atos* e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria *existência material* de um motivo para ele e, menos ainda, seu ajustamento à *hipótese normativa*: carecendo de fundamentação esclarecedora do porque se agiu de maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricção, *se houve ou não razão prestante* para justificar a medida e, pois, se ela era, de veras, confortada pelo sistema¹⁴³ normativo.

No mesmo sentido, Juarez Freitas sustenta que se aplica aos agentes públicos o dever de motivação próprio dos juízes no exercício da tutela jurisdicional, sob pena de nulidade dos atos administrativos vinculados ou discricionários nas situações em que afetarem direitos. Esse é o entendimento que, segundo o autor, depreende-se do art. 93, X, da Constituição Federal, que deve ser aplicado também às decisões administrativas de todos os agentes públicos.¹⁴⁴

Tendo em vista a importância e a necessidade de motivação no nosso ordenamento jurídico, cabe perquirir se a ausência de motivação anterior ou contemporânea ao correspondente ato administrativo é causa suficiente para causar-lhe a invalidade.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que, nos casos em que a prática do ato é obrigatória ante a ocorrência do motivo, não havendo espaço para a discricionariedade administrativa, a falta de motivação não é causa de invalidade, desde que seja possível demonstrar que o motivo tenha efetivamente ocorrido anteriormente à prática do ato. Por outro lado, nos casos em que o conteúdo do ato ou a escolha do motivo forem discricionários ou a sua apreciação comportar alguma discricionariedade, a motivação é requisito indispensável de sua validade.¹⁴⁵

2.2 CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A extensão do controle judicial sobre os atos administrativos foi delimitada, no Brasil, no início da República, pela Lei n. 221 de 1894, que dispunha, na parte em que fixava a competência da Justiça Federal, que os limites do controle judicial se encontravam no início do mérito administrativo. Nessa senda, e de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal

143 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007., p. 99.

144 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 222.

145 MELLO, op cit. p. 105.

Federal então fixado, os limites da investigação e do controle judicial em relação aos atos editados pela Administração encontrar-se-iam no mérito, que não poderia ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário.¹⁴⁶

Com efeito, Miguel Seabra Fagundes observa a importância do conceito de mérito administrativo para delimitar o âmbito do controle judicial sobre os atos administrativos, uma vez que permite a discriminação de um elemento integrante de certos atos que não é suscetível de revisão judicial. Nessa seara, o mérito do ato administrativo constitui-se em um aspecto relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador e em cujo conhecimento é vedado ao juiz penetrar.¹⁴⁷

Conforme o referido jurista, o mérito está no sentido político do ato administrativo, pressupondo a possibilidade de opção por parte do administrador. Conforme bem adverte, não se confunde com a ideia de mérito do direito processual, que se constitui em um elemento que centraliza as pretensões das partes e que é constante e principal em toda demanda. Já o mérito administrativo é apenas eventual e restrito, consubstanciando-se em um dos fatores que compõe o ato administrativo, apenas em certos casos. É fator que se encontra presente somente nos atos discricionários, considerando que quando a Administração pratica ato vinculado, já se encontra esgotado o conteúdo político (o mérito) do processo de realização de vontade estatal.¹⁴⁸

Sobre o assunto, Odete Medauar distingue a legalidade do mérito administrativo. O primeiro diz respeito a sua conformidade com as normas do ordenamento jurídico, enquanto o segundo diz respeito à margem de livre apreciação sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade. Em outras palavras, o mérito administrativo diz respeito ao juízo de conveniência e de oportunidade da escolha administrativa.¹⁴⁹

Sobre o alcance do controle jurisdicional, existe um posicionamento favorável a um controle mais restrito, circunscrito à legalidade do ato, também entendido de forma mais restrita. Por outro lado, no Direito Pátrio, ainda na vigência da Constituição de 1946, Seabra Fagundes e Victor Nunes Leal assinalaram uma ampliação no controle judicial sobre os atos administrativos. Nesse sentido, defendeu-se a possibilidade de controle dos motivos e dos

146 COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990, p. 64-65.

147 FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. In Revista de Direito Administrativo, n. 23, p. 1-16, 1951, p. 1.

148 Ibid, p. 5-7.

149 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

fins dos atos, como integrantes da legalidade e não do mérito administrativo.¹⁵⁰

Com o advento da Constituição de 1988, a legalidade passou a ser entendida como assentada em bases mais amplas, o que deu respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais abrangente dos atos administrativos. Note-se que a ampliação de controle não implica a substituição do administrador pelo juiz, de forma que existem limites ao controle realizado pelo último.¹⁵¹

Com efeito, modernamente, conforme observa Almiro de Couto e Silva, existe uma tendência de aumentar o âmbito de controle judicial dos atos administrativos, sob o fundamento de que o poder discricionário conferido pela norma deve ser exercido da forma que melhor atenda ao interesse público. Contudo, segundo o mestre, essa ideia possui contra o si o fato de que existem hipóteses em que a lei claramente equipara opções (por exemplo, concessões de títulos). Além disso, nos demais casos, o que cabe é verificar os reais limites do poder discricionário, além dos quais não cabe ao Judiciário imiscuir-se.¹⁵²

Por sua vez, Juarez Freitas aponta os aspectos que entende devem ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário, quais sejam, em suma: se o agente que editou o ato é competente para tanto, se a forma foi respeitada (sem excesso de formalismo, ressalva o autor), se houve ou não desvio de finalidade (que deve ser pública), se o conteúdo do objeto do ato é lícito, possível e determinável e se existe motivação suficiente. Além disso, defende que a proibição de perquirição quanto ao mérito administrativo, assim entendido a conveniência e a oportunidade, não deve impedir que se faça um controle do demérito administrativo. Nessa esteira, o Judiciário não poderia dizer, substitutiva e positivamente, como o administrador deveria agir, mas pode e deve emitir juízo sobre como não deveria agir. Além disso, deve ser feito também um exame da finalidade principiologicamente vinculante, uma vez que os atos, ainda que discricionários, encontram-se finalisticamente vinculados aos princípios constitucionais.¹⁵³

É importante frisar, ainda, o entendimento de Juarez Freitas no sentido de que a liberdade obriga e gera deveres, sendo que somente é atribuída pelo legislador para que melhor possa cumprir as suas obrigações. Nesse sentido, os atos administrativos não podem violar, seja por ação seja por inoperância, o princípio da proporcionalidade, sendo

150 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 450 e ss.

151 *Ibid.*, p. 450 e ss.

152 COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990, p. 66-67.

153 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 225-226

censuráveis os atos que não guardem uma proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que a lei almeja alcançar.¹⁵⁴

Em suma, defende o autor que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário deve ser, preponderantemente, principiológico. Em outras palavras, não podem os controladores dos atos administrativos esquivarem-se de dar máxima efetividade aos princípios constitucionais, uma vez que a discricionariedade não autoriza menor vinculação com os princípios. Nesse sentido, sem substituir o agente administrativo e sem invasão do merecimento em si, deve ser avaliada a juridicidade dos atos discricionários.¹⁵⁵

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, sustenta que o controle dos atos administrativos se estende ao exame dos motivos. Dessa forma, cabe ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato que influenciou a edição do ato administrativo, a fim de verificar se o mesmo violou a legalidade. Cabe indagar se os motivos fáticos que levaram a prática de um determinado ato realmente existiram, bem como se são próprios, ou seja, se são os motivos que a lei reputava necessários para a prática do ato. Ou seja, deve-se verificar se há um ajuste entre a realidade concreta e a previsão abstrata da lei.¹⁵⁶ Nesse sentido, afirma Caio Tácito que *'se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequência incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade.'*¹⁵⁷

Importante frisar, sobre o tema, o posicionamento de Germana de Oliveira Moraes, para quem a temática da extensão do controle jurisdicional envolve a tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o da separação dos poderes.¹⁵⁸ Conforme a autora, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF, constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, enquanto o princípio da publicidade, previsto no art. 37, caput, da CF, com o decorrente dever de fundamentação das decisões administrativas, viabiliza esse controle.

Por outro lado, conforme a autora, em decorrência da independência do Poder

154 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 225-226

155 Ibid., p. 236-237.

156 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 88-89.

157 TÁCITO, Caio. Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Judicial. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 88.

158 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 101.

Executivo, fundada no princípio da separação dos poderes, constante no art. 2º, da CF, reconhece-se uma área de atuação insuscetível de revisão judicial. Frise-se, entretanto, que a autora entende que a separação entre os poderes não implica uma impossibilidade absoluta de interferência de um poder sobre o outro, o que é permitido para se evitar lesão ou ameaça de lesão a direito individual.¹⁵⁹

Nessa senda, nas hipóteses em que o exercício da discricionariedade importar lesão ou ameaça de lesão a direito individual, é cabível o controle jurisdicional, a fim de invalidar o ato lesivo, embora não se possa quase nunca, em consequência, determinar a substituição por outro. Dessa forma, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são compatíveis entre si, pois quando do exercício da discricionariedade administrativa resultar lesão ou ameaça de lesão a direito, é sempre cabível o controle judicial, em decorrência do princípio da legalidade e dos demais princípios constitucionais.

¹⁶⁰

Acrescenta a autora que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública (no art. 37, *caput*, CF) e dos demais princípios gerais do direito, especialmente os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, gerou para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar também aspectos não vinculados dos atos administrativos. O princípio da publicidade, do qual decorre o dever de fundamentação, potencializa a sindicabilidade judicial do processo de tomada de decisão dos atos administrativos. Já os princípios constitucionais da impessoalidade - sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade -, da moralidade - sob as dimensões da boa-fé, da probidade e da razoabilidade -, da eficiência e os princípios gerais do direito, implícitos na ordem jurídica - da razoabilidade e da proporcionalidade - forneceram os critérios materiais que possibilitam a extensão do controle judicial para além dos domínios circunscritos à legalidade

¹⁶¹
administrativa.

Portanto, na esteira do entendimento da autora, atualmente, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena. Através desse controle, cabe ao Judiciário examinar a compatibilidade do conteúdo do ato com os princípios gerais de direito, para além da verificação dos aspectos

159 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999., p. 101.

160 Ibid., p. 104-105.

161 Ibid, p. 106-107.

¹⁶²
vinculados do ato.

Esse controle jurisdicional das decisões se restringe, na grande maioria das vezes, a apenas invalidar um ato administrativo impugnado, não sendo possível determinar a sua substituição por outro. Além disso, todos os elementos dos atos administrativos, inclusive os elementos predominantemente discricionários, são passíveis de revisão judicial, para fins de aferição de observância aos princípios constitucionais da Administração e de respeito aos direitos fundamentais. No entanto, nem sempre é plena e completa a sindicabilidade judicial dos motivos e do conteúdo.¹⁶³

Cabe ao juiz indagar, após a revisão dos elementos vinculados do ato administrativo, quais sejam a competência, a finalidade e a forma, se o administrador, durante o processo de concepção do ato discricionário, guiou-se pelos parâmetros ditados pelos princípios constitucionais.¹⁶⁴ Contudo, o controle exercido pelo juiz será meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidade do ato, cabendo à Administração à sua reedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior. Por outro lado, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração dos princípios constitucionais da administração, é possível ao juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única solução comportável pelo direito para solucionar o caso.¹⁶⁵

Posto isso, a autora sistematiza os denominados vícios de discricionariedade, bem como identifica os casos em que é possível a substituição judicial do ato impugnado, utilizando-se para tanto da formulação doutrinária da redução da discricionariedade zero. Nesse sentido, são passíveis de invalidação os atos discricionários, quando editados em desrespeito às circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com infração às limitações jurídicas da discricionariedade. Estas se consubstanciam nos princípios gerais do Direito e na proteção dos direitos fundamentais.¹⁶⁶

Interessante registrar a classificação proposta por Hartmut Maurer, que Germana de Oliveira de Moraes traz em sua obra, que se sintetiza da seguinte maneira: (a) transgressão dos limites assinalados ao poder discricionário; (b) não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário; (c) abuso do poder discricionário; e (d) violação aos

162 MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 152-153.

163 Ibid., p. 153.

164 Ibid., p. 153-154.

165 Ibid., p. 154-156

166 Ibid., p. 158.

princípios gerais do direito e aos direitos fundamentais.¹⁶⁷

Tendo em vista essa classificação, há transgressão aos limites do poder discricionário quando a autoridade opta por uma consequência jurídica não prevista na norma de competência. Já a não utilização ou subutilização dos poderes discricionários dá-se quando a autoridade administrativa não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe por inadvertência. Por fim, há o abuso de poder discricionário quando se faz uso dele de modo não correspondente ao escopo da atribuição de poderes, ou seja, quando a ação administrativamente não está pautada exclusivamente pelo fim estabelecido pela lei.¹⁶⁸

Diante de tais situações, cabe a invalidação do ato pelo juiz e, em alguns casos, a substituição do ato por outro. Esta será possível nos casos em que a discricionariedade for reduzida a zero, o que ocorre quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre as diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível. Podem ocorrer, também, situações em que o juiz conclui que a alternativa de não agir representa ofensa ou preterição aos direitos fundamentais, situação em que se pode inferir que tais direitos somente serão atendidos mediante uma ação comissiva. Ocorre que, ainda assim, nem sempre poderá o juiz determinar a forma como o administrador deverá agir.¹⁶⁹

Malgrado algumas controvérsias doutrinárias pertinentes ao conceito de mérito dos atos administrativos e aos limites do controle judicial sobre tais atos, persiste a imunidade judicial de determinada área de atuação administrativa, que permanece como aspecto indevassável pelo magistrado.¹⁷⁰

Ocorre que nem sempre é possível definir objetivamente qual a única ação admitida pelo ordenamento jurídico. Sem mencionar que o estabelecimento de mais de um caminho passível de ser seguido pelo administrador faz-se, não raro, necessário, afim de que se melhor possa atingir o interesse público. Nesse contexto, inadmissível que o magistrado pretenda, no exercício de juízo de valor, definir aquela que seria a escolha ótima, penetrando em um espaço de gestão administrativa.

Dessa forma, ao Judiciário incumbe manter o administrador dentro dos limites da juridicidade, atentando ao ordenamento jurídico positivado infra constitucionalmente, bem

167 MAURER, Hartmut. *Apud* MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999., p. 159

168 *Ibid.*, p. 159

169 *Ibid.*, p. 160-162

170 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Controle Jurisdicional dos atos políticos e administrativos na saúde pública. In Revista de Interesse Público, n. 59, p. 83-124, Belo Horizonte, 2010, p. 109.

como tendo em vista a Constituição, especialmente os princípios administrativos e os princípios gerais do Direito.

Portanto, é ilegítima a invasão do espaço de decisão reservado ao Poder Público, sob pena de o julgador transmutar-se indevidamente em administrador, substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção feita pela autoridade competente. Por outro lado, se é certo que o Judiciário não deve substituir o mérito do ato administrativo tal como fixado na via administrativa, isto não significa impossibilidade de observância da juridicidade, destacando-se a obrigatoriedade de motivação, inclusive dos atos discricionários, como mecanismo viabilizador do amplo controle da efetividade administrativa.

2.3 O CASO DOS MEDICAMENTOS: ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

No que tange às políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que pode o Poder Judiciário determinar a sua implementação pelo Estado quando o mesmo se encontra inadimplente, o que não implica ingerência no poder discricionário do Poder Executivo. É o entendimento que se depreende do Recurso Extraordinário n. 552.168, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 22.10.2010, do qual se transcreve trecho que bem demonstra esse posicionamento:

Este Tribunal tem reconhecido, em termos de políticas públicas, que não há falar em ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de tais políticas públicas constitucionalmente previstas. Nesse sentido, o RE 463.210-AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime, DJ 03.02.2006; RE 384.201-AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009; e o citado RE 193.175-AgR/RS. Menciono, também, o RE 482.741/SC, rel. Min. Eros Grau, DJe 08.02.2010, o qual apreciou controvérsia semelhante envolvendo o Município de Florianópolis, cujo trecho dessa decisão destaco: “O Supremo decidiu que “[e]mbora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” [RE n. 474.704, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 14.3.06]. 5. O Pleno deste Tribunal, no julgamento da ADPF n. 45-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29.4.04, fixou o seguinte entendimento: “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)”. Destaque-se também um dos fundamentos do AI 562.561/RS, no qual se tratou do tema em relação ao direito a saúde, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.12.2005: “Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado ao recebimento de medicamentos necessários à sua sobrevivência; “o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.” (RREE 226.835, Imar Galvão, 1a T, DJ 10.03.2000; 207.970, Moreira Alves, 1a T, DJ 15.09.2000; e 255.086, Ellen Gracie, 1a T, DJ 11.10.2001)”. (grifo nosso)

O julgamento em questão dizia respeito à pretensão de compelir o Município de Florianópolis a assegurar o imediato atendimento de menores no Programa de Orientação e Apoio Sócio-Familiar (POASF). Contudo, é ilustrativo do posicionamento dessa Corte no que diz respeito a possibilidade o Poder Judiciário intervir na implementação das políticas públicas do Poder Executivo.

Quanto às demandas envolvendo pedidos de fornecimento de medicamentos, a jurisprudência majoritária do STF é em sentido semelhante. Nessa senda, grande parte dos julgados são no sentido de que as pessoas que possuam uma moléstia grave que demande tratamento médico com cujo custo não possam arcar possuem o direito de obter o seu fornecimento gratuitamente do Estado, ainda que o medicamento seja de alto custo e não conste das listas formuladas pelos órgãos competentes do SUS. Nessa perspectiva, argumentos como escassez de recursos, necessidade de escolhas alocativas e reserva do possível não são considerados ou, se considerados, são descartados diante de outros fundamentos.

Esse é o entendimento que se verifica, por exemplo, no voto prolatado pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175, em que o mesmo defende que o direito à saúde '*(...) se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (...)*'.¹⁷²

No mesmo sentido, o posicionamento esposado no Agravo de Instrumento n. 821769,

171 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 552.168, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2010.

172 Ibid., Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175, Relator Ministro Celso de Mello, 2006.

de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que o mesmo negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo agravante, sob o fundamento de que a decisão recorrida se encontrava em consonância com a jurisprudência do STF, que, nas palavras do Ministro, consolidou-se no seguinte sentido:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Estado não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. **Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à vida, de medicamento que não esteja na lista daqueles oferecidos gratuitamente pelas farmácias públicas, é dever solidário da União, do estado e do município**

¹⁷³

fornecê-lo. (grifo nosso)

Em outra ocasião, quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 823521, também o Ministro Ricardo Lewandowski negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, sob o fundamento de que o acórdão recorrido se encontrava em consonância com o entendimento do STF, qual seja, no sentido de que os indivíduos têm direito de pleitear do Estado os medicamentos de que necessitem. Veja-se:

O agravo não merece acolhida. É que o julgado impugnado encontra-se em harmonia com a orientação da Corte que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir,

¹⁷⁴

ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

No mesmo sentido, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, esposado quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 815716, de 2010:

O acórdão prolatado pela Corte de origem surge harmônico com a Constituição Federal. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em

¹⁷⁵

termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos.

Note-se que em julgado de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, Agravo de Instrumento n. 809734, a mesma entendeu que nem mesmo o fato de o medicamento pleiteado não estar registrado na ANVISA é suficiente para afastar a responsabilidade do

173 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento n. 821769, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2010.

174 Ibid., Agravo de Instrumento n. 823521, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2010.

175 Ibid., Agravo de Instrumento n. 815716, Relator Min. Marco Aurélio, 2010.

Estado em fornecê-lo. Transcreve-se trecho que demonstra esse entendimento:

O fato de o medicamento em questão não possuir registro junto à ANVISA é insuficiente para afastar a responsabilidade dos entes federativos quanto ao seu fornecimento, tendo em vista que, no caso concreto, há laudo médico atestando a necessidade do uso do mencionado remédio para tratamento da saúde do

¹⁷⁶

Agravado.

Já em relação às ações coletivas ou em casos em que não se verifica o risco de dano à integridade física ou morte, em sede de Suspensão de Segurança, Liminar ou Antecipação de Tutela, tem-se considerado os limites orçamentários (STA 185-2, SS 3263).

Ocorre que, considerando a complexidade que envolve a concretização do direito à saúde, bem como os inúmeros processos que envolvem a matéria, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocou Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de saúde pública, a qual foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A Audiência Pública referida foi realizada com vistas a uma decisão em regime de repercussão geral a partir do *leading case* Recurso Extraordinário n. 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.¹⁷⁷ Por ocasião do julgamento desse recurso, o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da controvérsia que envolve a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.¹⁷⁸ Note-se, contudo, que o recurso não foi objeto de decisão até o presente momento.¹⁷⁹

Por outro lado, com base nos depoimento prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, tais como gestores públicos, membros da magistratura, da defensoria pública, entre outros, o Ministro Gilmar Mendes prolatou voto nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, em 17.03.2010, buscando redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil.¹⁸⁰

Em seu voto, o Ministro aborda a problemática acerca da escassez de recursos, da necessidade de se fazer escolhas alocativas, bem como da necessidade de adoção de critérios

¹⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento n. 809734, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2010.

¹⁷⁷ AMARAL, Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2010. p. 130

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 566.47, Relator Min. Marco Aurélio, 2007.

¹⁷⁹ Conforme informação constante no sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em : <www.stf.jus.br> Consultado em 09.11.2010

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010.

distributivos. Ressaltou, nesse ponto, que a inexistência de suportes financeiros suficientes para satisfazer todas as necessidades sociais implica a necessidade de se fazer escolhas alocativas, que seguem critérios de justiça distributiva.

Trata, ainda, do argumento segundo o qual o Judiciário seria vocacionado a concretizar a saúde no caso concreto, de forma que, ao analisar casos que envolvem uma pretensão a uma prestação social positiva por parte do Estado, não teria condições de analisar as consequências globais de suas decisões.

De outro lado, o Ministro traz os argumentos dos defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais. De acordo com o essa linha de argumentação, pelo menos o mínimo existencial de cada um dos direitos não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Diante dos diversos argumentos que envolvem a problemática do direito social à saúde, o Ministro concluiu pela necessidade de ponderação, tendo em vista todas as perspectivas que a questão envolve. Defendeu, pois, a adoção de um modelo que leve em consideração todos os argumentos que envolvem a concretização dos direitos sociais.

Tendo por base essas considerações, o Ministro passou a uma análise do artigo 196 da Constituição Federal e destacou que o artigo consubstancia tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Em sua dimensão individual, o direito à saúde consubstanciar-se-ia em um direito subjetivo público. Contudo, ressalta que o mesmo é assegurado mediante políticas sociais, que visem ao acesso universal e igualitário, de forma que não existe um direito absoluto a todo e qualquer tipo de procedimento necessário para a proteção, recuperação e promoção da saúde, e sim a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. Nesse sentido, concluiu que, *prima facie*, a garantia judicial do direito a saúde não poderia comprometer o funcionamento do SUS.

Observou, ademais, que o estudo do direito à saúde no Brasil leva a crer que o problema de eficácia social desse direito deve-se muito mais a questões de implementação e manutenção de políticas públicas já existentes, do que à falta de legislação específica, de forma que o problema maior não seria de inexistência de políticas públicas, mas de sua inexecução na seara administrativa.

Feitas essas considerações, o Ministro entendeu pela necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e ofereceu critérios para as decisões judiciais que envolvam a problemática em questão. As diretrizes oferecidas pelo Ministro resumem-se nos seguintes pontos principais:

1. É solidária a responsabilidade dos entes da Federação de prestar serviços públicos de saúde;

2. Deve-se ser privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, a não ser que seja comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Portanto, em princípio, a responsabilidade estatal restringe-se às políticas adotadas pelo SUS;

3. As políticas públicas formuladas pelo SUS sujeitam-se ao controle judicial, o que se dá através de demandas com ampla instrução probatória. É indispensável, pois, a realização de ampla prova para demonstrar a existência da situação singular do indivíduo e da ineficácia ou impropriedade do tratamento previsto no SUS;

4. A Administração Pública não é obrigada a fornecer fármaco sem registro na ANVISA.

No caso em que se travou a discussão relatada, foi negado provimento ao Agravo Regimental para manter a decisão do Ministro Nelson Jobim que denegara o pedido de suspensão dos efeitos da liminar proferida pelo Juiz Federal da 8ª Vara de Petrolina-PE, nos autos da Ação Civil Pública n. 2004.83.08.000505-0.

A decisão contribui para o tema na medida em que buscou redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde e apresentou diretrizes que devem ser ponderadas nos conflitos. Além disso, o Ministro ressaltou a importância de que se produzam provas nos processos que envolvem pretensões positivas na área da saúde, a fim de que não se verifique uma produção em massa de decisões que concedem medicamentos indiscriminadamente, sem atentar às peculiaridades do caso concreto. Portanto, de acordo com esse precedente, nos casos em que a pretensão não se encontre prevista pelas listas do SUS, caberia a parte fazer prova de sua necessidade específica e da impropriedade da política pública estatal.

Ocorre que, apesar desse precedente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que se verifica é que se mantém um posicionamento majoritário tendente a conceder os medicamentos requeridos, ainda que não se encontrem nas listas do SUS.

Com efeito, a partir de uma análise das 13 decisões proferidas pela Presidência do referido Tribunal nos autos dos processos em que se pretendia a Suspensão de Segurança, de Liminar ou de Antecipação de Tutela, tendo por base o período de janeiro a setembro de 2010, é possível verificar que em apenas dois casos foram deferidas as suspensões requeridas e em um foi parcialmente suspensa a liminar. Note-se que em nenhum desses casos foi suspensa a segurança, antecipação de tutela ou liminar que fora concedida a um indivíduo em razão de o medicamento não constar da lista do SUS ou em decorrência de considerações acerca da escassez de recursos, custos dos direitos ou reserva do possível.

181

Na suspensão de segurança 4244¹⁸¹, o Ministro Cezar Peluso deferiu a contra-cautela

181BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Segurança n. 4244, Relator Ministro Cezar Peluso, 2010.

requerida, sob o fundamento de que se vislumbrava no caso indícios de má-fé do impetrante do Mandado de Segurança, uma vez que foram acostados documentos que demonstravam que o mesmo adotou, nas palavras do Ministro, ' (...) *'duas linhas de frente' (estadual e federal) para alcançar o financiamento público de seu tratamento no exterior. (...)*. Portanto, o deferimento da Suspensão pleiteada, nesse caso, deu-se por uma especificidade do caso em que se constatou má-fé por parte do impetrante da Segurança.

Já na Suspensão de Tutela Antecipada 424¹⁸² e na Suspensão de Tutela Antecipada 256¹⁸³, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a suspensão no primeiro caso e deferiu parcialmente o pedido no segundo, sob o fundamento de que as determinações judiciais seriam muito genéricas, na medida em que não se dirigiam a indivíduos determinados, mas a uma coletividade, o que poderia inviabilizar a ordem administrativa. Portanto, no caso, entendeu-se que haveria possibilidade de lesão à Ordem Econômica a justificar as suspensões pretendidas.

Por outro lado, no que pertine aos pleitos individuais, o Supremo não tem reconhecido a possibilidade de lesão à Ordem Pública ou à Ordem Econômica. Ressalte-se que na STA 424, que foi deferida, a única paciente paradigma da Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina já havia falecido quando da prolação da sentença. Da mesma forma, na STA 256, não foi deferido o pedido de suspensão quanto aos pacientes substituídos na Ação Civil Pública.

Também na Suspensão de Tutela Antecipada 434¹⁸⁴, não foi concedida a pretensão do Estado da Bahia, sob os fundamentos que podem ser assim resumidos: (a) o medicamento pleiteado encontra-se registrado na ANVISA, o que atesta a sua segurança; (b) a paciente comprovou a necessidade do tratamento, bem como a sua impossibilidade financeira de custeá-lo; (c) o alto custo do fármaco, orçado em R\$30, 476 por ano, não é motivo suficiente para não fornecê-lo; (d) o Estado não comprovou de forma concreta a lesão aos cofres estaduais. Ressalte-se que posicionamento no mesmo sentido foi tomado em outras decisões prolatadas nos pedidos de Suspensões de Segurança, de Liminar e de Antecipação de Tutela no corrente ano (SS 4229, STA 421, STA 283, SS 3962, SS 4045, SS 3852, SS 3941).

Além disso, em 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal negou provimento a nove Agravos Regimentais que foram propostos contra decisões da Presidência, mantendo as determinações judiciais que estabeleciam que o Poder Público concedesse a

182 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Suspensão de Tutela Antecipada n. 424, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010.

183 Ibid., Suspensão de Tutela Antecipada n. 256, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010.

184 Ibid., Suspensão de Tutela Antecipada n. 434, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010.

pacientes em condições graves remédios ou tratamentos de alto custo ou não oferecidos pelo SUS (STA - AgR 175 – Apenso STA – AgR 178, SS – AgR 3724, SS – AgR 2944, SL – AgR 47, STA – AgR 278, SS – AgR 2361, SS – AgR 3345, SS – AgR 3355).

O que se verifica é que a maior parte dos precedentes do Supremo Tribunal Federal mantém o posicionamento segundo o qual o fato de o medicamento pleiteado não constar das listas das Portarias do SUS não obsta a sua concessão pela via judicial.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade.

Nesse sentido o julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24197, de relatoria do Ministro Luiz Fux, trazido pelo informativo de jurisprudência n. 0433 da Primeira Turma do STJ, de maio do corrente ano.

No julgamento em questão, o Ministro entendeu desarrazoada a recusa de fornecimento do medicamento postulado pelo recorrente em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento pleiteado seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1. De acordo com o Ministro, a pessoa portadora de doença crônica tem direito a obter do Estado gratuitamente medicamento de alto custo, ainda que não conste das listas do SUS, desde que comprovada a necessidade.

Note-se que o Ministro Relator entendeu que, ainda que penda dúvida acerca da eficácia do medicamento pleiteado, a decisão deve ser pró-cidadão. Veja-se:

Dessarte, entendeu o Min. Relator que., nas situações limítrofes em que há risco para a saúde humana e uma alegada ineficiência do medicamento, como na hipótese, a resposta judicial não pode deixar a vida humana ao desabrigo, deve propender para a valorização da dignidade da vida humana. Muito embora sejam genótipos diferentes de hepatite e haja dúvida quanto sua eficácia, a solução deve ser pró-cidadão, há de superar quaisquer barreiras legais.

Afirmou, ademais, que *'os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado democrático de Direito como o nosso, que reserva especial atenção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.* Não bastasse, defendeu o dever de o Estado fornecer não qualquer tratamento, mas o reputado mais eficaz. Vejamos:

185 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Informativo de Jurisprudência n. 0433 da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

186 Ibid., Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24197, Relator Ministro Luiz Fux, 2010, p. 11

A ordem constitucional vigente, em seu art. 196, consagra o direito à saúde como dever do Estado, que deverá, por meio de políticas sociais e econômicas, propiciar aos necessitados não "qualquer tratamento", mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.¹⁸⁷

Por outro lado, o Ministro Teori Albino Zavascki prolatou voto divergente do Relator, negando provimento ao Recurso Ordinário citado acima. Ficou, contudo, vencido. Conforme o Ministro, não existe o direito líquido e certo de obter do Estado o fornecimento gratuito de medicamento de alto custo não incluído nas listas formuladas pelos órgãos técnicos competentes e considerado ineficaz por esses mesmos órgãos e pela comunidade científica.¹⁸⁸ Afirmou, ademais, que '*a conformação político administrativa dos direitos sociais é função reservada ao administrador e ao legislador, que detém a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentárias e as demais prioridades de gastos*'.¹⁸⁹ Nesse sentido, conforme o entendimento esposado pelo Ministro, no que não se enquadrar na conformação prevista pelo legislador e pelo administrador, não se pode, via de regra, antever o dever estatal a prestações, tampouco pode-se concluir pela existência de um direito subjetivo universal e incondicionado que possa ser efetivado por via judicial.

Por outro lado, em julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.028.835, o Ministro Luiz Fux, mais uma vez, consignou seu entendimento no sentido de que o SUS deve atender aos que necessitem de assistência à saúde em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia e a necessidade de determinado medicamento para combatê-la, este deve ser fornecido.¹⁹⁰ Observe-se que o caso em questão versava sobre pretensão de custeio de tratamento médico no exterior, incluindo as despesas de viagem.

Acrescente-se, ainda, o entendimento exposto no voto prolatado pelo Ministro Humberto Martins no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1136549¹⁹¹, em que o mesmo defendeu a legitimidade da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, nos casos em que a omissão do Poder Legislativo e do Poder Executivo implicar violação dos

187 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24197, Relator Ministro Luiz Fux, 2010, p. 10.

188 Ibid., Recurso Ordinário n. 24197, Voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, 2010, p. 8.

189 Ibid., Recurso Ordinário n. 24197, Voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, 2010, p. 6.

190 Ibid., Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.028835, Relator Min. Luiz Fux, 2008

191 Ibid., Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1136549, Relator Ministro Humberto Martins, 2010.

direitos fundamentais. Ainda, embora reconheça que os limites orçamentários possam se constituir em um entrave na efetivação dos direitos sociais, defende que a reserva do possível somente pode ser oposta quando atingida a efetivação do mínimo existencial. Nas palavras do Ministro, '*(...) se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade. (...)*'

Acrescentou o Ministro, ainda, que a saúde, assim como a educação, faz parte de um núcleo de obrigações que deve ser encarada como prioritária pelo Poder Público e cuja efetivação não pode ser condicionada a conveniência política da Administração.

Também a Ministra Eliana Calmon, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28338¹⁹², reconheceu o direito aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade.¹⁹³ Porém, consignou que o direito à saúde não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adequa ao seu tratamento. No caso, constatado que uma segunda opção de medicamento é oferecida pelo SUS, a Ministra considerou incabível a pretensão do impetrante do Mandado de Segurança que lhe fosse fornecido tratamento alternativo que reputava mais eficaz, sem, contudo, ter feito prova nesse sentido.

Por outro lado, o Ministro Benedito Gonçalves, no Recurso em Mandado de Segurança n. 28962, entendeu pela impossibilidade de se condenar o Poder Público ao fornecimento de determinado medicamento sem que se fizesse prova de que o mesmo é mais eficaz do que o fornecido pelo SUS. Dessa forma, considerando, de um lado, que a prova de ser um medicamento pleiteado mais eficaz exigir prova complexa e, de outro, a celeridade característica do Mandado de Segurança, entendeu que a via eleita no caso seria incompatível com a pretensão, denegando, pois, a ordem impetrada. Além disso, frisou as consequências danosas que advêm da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, as quais, por oportunas, seguem transcritas:

*(...) as ações ajuizadas contra os entes públicos com escopo de obrigar-lhes indiscriminadamente ao fornecimento de medicamento de alto custo devem ser analisadas com muita prudência. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois **o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as***

192 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28338, Relatora Min. Eliana Calmon, 2009

193 No mesmo sentido a Medida Cautelar n. 14015, também de relatoria da Ministra Eliana Calmon.

infindáveis necessidades de todos os cidadãos. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E **o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.** O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, **os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação.** De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta

194

de recursos. (...) (grifo nosso)

Considerando os precedentes apontados, tem-se que a maior parte das decisões de ambas as cortes apontam para um entendimento do direito à saúde como amplo e absoluto, que não pode ser limitado diante de questões orçamentárias, da reserva do possível, e tampouco do argumento de que a administração precisa fazer escolhas alocativas. O que se verifica, na prática, é que diante de demandas individuais de pessoas que comprovam necessidade de um tratamento e carência financeira para arcar com os seus custos, os Tribunais Superiores mantêm as decisões que determinam a sua entrega, superando os argumentos de ordem financeira.

Da análise das decisões da Presidência do STF nas Suspensões de Segurança, de Liminar ou de Antecipação de Tutela, o que se verifica é que as lesões à Ordem Econômica e Pública são constantemente afastadas, sob o argumento de que o ente federado não logrou comprovar a lesão ao erário. Por outro lado, quando se trata de pedidos genéricos, dirigidos a uma coletividade e não a um indivíduo específico, veiculados em ação civil pública, as questões orçamentárias são consideradas e utilizadas como fundamento para afastar determinações judiciais.

Ocorre que, diante de uma demanda individual que não considera a coletividade, de fato, dificilmente os custos advindos de um tratamento, por mais caro que seja, suplantarão o orçamento de quaisquer dos entes federados. Nada obstante, ao Poder Público cabe atender as necessidades de toda a coletividade, e não apenas do indivíduo que busca uma prestação estatal por meio do Judiciário. Dessa forma, ainda que uma determinada demanda não implique por si só lesão ao erário, a soma de todas as decisões judiciais pode sim representar grave lesão ao Orçamento Público, que deve ser considerada, sob pena de ineficiência das políticas públicas formuladas pelo Estado.

Por outro lado, existem precedentes do STJ que apontam para um entendimento que

194 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 28962, Relator Min. Benedito Gonçalves, 2009, p. 5-6

leva em consideração a impossibilidade de atender todas as necessidades na área de saúde de todos os cidadãos no mais alto padrão. É o caso do posicionamento esposado pelo Ministro Benedito Gonçalves, que consignou que *'o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infundáveis necessidades de todos os cidadãos.'*¹⁹⁵ Para o Ministro, é utópico o entendimento segundo o qual o Poder Público pode satisfazer ilimitadamente todas as necessidades da coletividade, seja na saúde, seja em outra área.

Também, conforme já visto, o Ministro Teori Albino Zavascki se posicionou no sentido de que não se pode concluir pela existência de um direito subjetivo universal e incondicionado que possa ser efetivado por via judicial. Dessa forma, ressaltou que *'a conformação político administrativa dos direitos sociais é função reservada ao administrador e ao legislador, que detém a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentárias e as demais prioridades de gastos'*.¹⁹⁶

Por sua vez, a Ministra Eliana Calmon, apesar de reconhecer um direito dos cidadãos de receber medicamentos gratuitamente do Poder Público, deixou claro que não cabe ao cidadão escolher o tratamento que repute mais eficaz. Nesse sentido, deve ser dada preferência ao tratamento oferecido pelo SUS.¹⁹⁷

Já no STF, a decisão prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes representa um grande avanço no entendimento da matéria, na medida em que reconhece a importância de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Ressaltou a importância de se privilegiar a política formulada pelo SUS e de somente se afastar a mesma após ampla instrução probatória. O precedente é de extrema relevância na medida em que tenta frear a concessão indiscriminada de medicamentos em processos com peças padronizadas que não levam em consideração as especificidades de cada caso.

Portanto, apesar de o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores ser no sentido de se conceder medicamentos de alto custo e tratamentos no mais alto padrão, mesmo que não incluídos nas listas do SUS, a todos que comprovarem necessidade, sem levar em conta os impactos na coletividade, vê-se que existem precedentes que começam a redimensionar a questão. Existem precedentes que mostram preocupação com a necessidade de ampla instrução probatória e de se privilegiar as políticas formuladas pelo Poder Público.

195 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Mandado de Segurança n. 28962, Relator Min. Benedito Gonçalves, 2009

196 Ibid., Recurso Ordinário n. 24197, Voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, 2010

197 Ibid., Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28338, Relatora Min. Eliana Calmon, 2009

2.4 PROBLEMAS DECORRENTES DO ATIVISMO JUDICIAL

Em situações envolvendo o direito social à saúde, especialmente as demandas que envolvem pretensões ao fornecimento de medicamentos, observa-se, dos precedentes dos Tribunais Superiores, que se tem admitido a intervenção do Poder Judiciário. Apesar de haver alguns precedentes que reconhecem a necessidade de se respeitar as políticas públicas estabelecidas, o que se nota, na prática, é que uma posição ativista remanesce. Ocorre que a judicialização excessiva, nesta área, traz consigo alguns problemas que merecem ser destacados.

Primeiramente, há que se ressaltar que o artigo 196 da Constituição Federal prevê que *'a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas'* (grifo nosso). Note-se que o artigo afirma expressamente que o direito à saúde será realizado mediante políticas públicas, e não através de demandas judiciais. Portanto, conforme aponta Luis Roberto Barroso, a possibilidade de o Poder Judiciário concretizar o direito à saúde, independentemente de previsão normativa, encontra obstáculo na estrutura do art. 196.¹⁹⁸

Acrescente-se a isso o fato de que os direitos sociais dependem de uma ação concreta do Estado, que deve implementar políticas públicas. Estas, por sua vez, possuem como escopo a justiça distributiva, a qual se aplica entre desiguais, diferentemente da justiça comutativa que se aplica entre iguais.¹⁹⁹ Nesse sentido, considerando-se que o Judiciário, tradicionalmente, é poder vocacionado à resolução de lides que lhe são levadas pelos particulares e que envolvem a justiça comutativa, fica evidente a sua deficiência para resolver problemas de caráter coletivo.

O Judiciário não se encontra aparelhado do ponto de vista institucional para interferir em questões de políticas públicas, se considerarmos que as mesmas dependem de planejamento e de recursos. José Reinaldo de Lima Lopes aponta alguns limites de natureza

198 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte:Fórum, 2007, p. 45

199 A justiça comutativa rege relações de troca entre as partes. O bem, imediatamente, visado é o bem do particular, sendo que o bem comum é visado apenas mediadamente. A justiça distributiva, por sua vez, rege as relações de distribuição. Trata-se da relação do todo para a parte. O bem visado, imediatamente, é o do particular e, mediadamente, é o bem comum. Nesse sentido, todos os bens distribuídos tem que beneficiar mediadamente a sociedade, sob pena de se tornar em um tipo de privilégio não admitido no Estado Democrático de Direto. (Ex: estabilidade do servidor só tem sentido na medida em que indiretamente beneficie a sociedade) Por fim, a justiça geral rege a relação da parte para o todo. Concerne ao respeito a lei, sendo que o bem visado, imediatamente, é o bem comum e, mediadamente, é o dos particulares.

institucional à atuação do Judiciário nas políticas públicas: os limites da coisa julgada que atinge as partes de uma lide concreta e não os indivíduos em geral (ainda que seja possível fazer ressalvas em relação às ações civis públicas); os limites da lide que são restritos à pretensão resistida; a necessidade de provocação das partes; a ausência de canais adequados para se questionar a execução dos orçamentos de maneira não fragmentada; a perspectiva de aplicação da lei a um caso já existente (enquanto o Legislativo e o Executivos são vocacionados a confecção de normas que regem situações futuras); e a impossibilidade de em um caso ouvir-se todas as partes envolvidas e toda a dimensão do problema.²⁰⁰

Note-se que a melhor forma de aperfeiçoar a eficiência dos gastos públicos é permitir que o Poder Executivo, no uso de suas atribuições, respeitados os limites de sua discricionariedade, e a partir de uma visão global das mazelas sociais e de seus recursos, possa tomar as decisões que melhor atendam as demandas na área de saúde pública. É importante observar que o Poder Executivo é o poder legitimado democraticamente para decidir de que modo os recursos da sociedade devem ser empregados.

Nesse ponto, traz-se, por oportuno, a observação de Luís Roberto Barroso no sentido de que *'a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.'*²⁰¹

O Judiciário, ao assumir a posição de protagonista na concessão de prestações positivas na área da saúde, acaba por privilegiar aquelas pessoas que possuem acesso a sua estrutura, o que de pouco serve aos mais pobres e necessitados, que, não raras vezes, ainda não possuem esse acesso, seja por desinformação, seja por falta de recursos para arcar com os custos do processo. Ocorre que as políticas públicas na área da saúde deveriam ser capazes de reduzir as desigualdades sociais.

Em um País desigual como o nosso, em que muitas pessoas sequer tem acesso à água tratada e sofrem de doenças da pobreza, como a desnutrição, não é possível admitir-se um posicionamento no sentido de que existe um direito subjetivo dos indivíduos a qualquer pretensão na área da saúde, mesmo que custosa, bastando que se comprove a necessidade. Os posicionamentos judiciais nesse sentido acabam por minar a efetividade do direito à saúde da

200 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 122, 1994, p 259.

201 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte:Fórum, 2007, p. 53.

coletividade.

Além disso tais interferências judiciais vão de encontro ao princípio da isonomia e da universalidade. Todas as pessoas devem ter direito às políticas públicas realizadas pelo Estado, e não apenas alguns poucos que se utilizem da via judicial.

Inevitável que se reconheça ao Poder Executivo uma margem de liberdade para que, atento às necessidades globais e aos recursos disponíveis, desenvolva políticas públicas eficientes. Portanto, as demandas judiciais individuais devem circunscrever-se a efetivação das políticas já realizadas, sob pena de se ferir a isonomia e de se acabar minando a efetividade do direito à saúde daqueles que não possuem acesso ao Judiciário.

Por outro lado, ainda que se constate as dificuldades do Judiciário em defender, a partir de instrumento individuais, os direitos sociais, há que se reconhecer a sua função de zelar para que a promoção de políticas públicas seja feita de acordo com a lei e com os princípios constitucionais. Nesse sentido, sustenta José Reinaldo de Lima Lopes que o Judiciário possui o papel político de servir como canal de propagação de reivindicações coletivas. Mas, conforme adverte o autor, esse papel é supletivo, uma vez que não pode ser esse o canal permanente de veiculação das reivindicações sociais, o que somente ocorre quando os demais canais estão obstruídos.²⁰²

Dessa forma, atualmente, o papel mais relevante do Judiciário estaria em garantir a adequada representação da cidadania nos canais adequados. Além disso, ressalta o autor que o Judiciário, se provocado adequadamente, pode ser instrumento de formação de políticas públicas, mas, para tanto, é necessário que haja iniciativas de caráter menos individual e mais social, como a defesa dos interesses difusos.²⁰³

No mesmo sentido, sustenta Luís Roberto Barroso que é possível que as listas de medicamentos sejam objeto de discussão judicial, revisão que deve ser feita no âmbito das ações coletivas, ou mesmo por ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se discuta a validade das alocações orçamentárias feitas. Dessa forma, torna-se possível controlar as políticas públicas, a fim de que se verifique se o mínimo existencial está sendo atendido e se as escolhas estão respeitando os princípios constitucionais, sem que se perca de vista a visão global das necessidades e dos recursos disponíveis.²⁰⁴

202 LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia e políticas públicas. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 122, 1994, p 263.

203 Ibid., p 263.

204 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In Revista de Interesse Público, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte:Fórum, 2007, p. 53.

CONCLUSÃO

O estudo do direito à saúde é tema controverso e rico, de forma que comporta análise a partir de diversos ângulos. Nesse trabalho, buscou-se analisar o seu conteúdo, a sua eficácia e a possibilidade de ser tutelado pela via judicial, a fim de se estabelecer algumas conclusões que lhe servissem de apoio.

Nessa senda, a partir da análise doutrinária acerca da eficácia do direito à saúde, destacou-se o entendimento de Ricardo Lobo Torres, para quem, conforme visto, a diferenciação entre o mínimo existencial e os direitos sociais impõe-se como forma de se verificar o limite do que é obrigatório que se entregue mediante políticas públicas e do que se encontraria sob a reserva do possível.

Com efeito, a efetivação dos direitos sociais depende não só da aplicação de normas constitucionais, mas também de fatores econômicos. Não por acaso, o art. 22 da declaração universal liga os direitos econômicos, sociais e culturais “ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo”. Diante dessa realidade, não há como se reconhecer uma eficácia plena e absoluta aos direitos sociais, sem que se considere as possibilidades fáticas de sua realização.

Por outro lado, não se pode admitir que a previsão constitucional que garante direito à saúde a todos seja entendida como mera promessa sem consequências. Note-se que esse direito encontra-se dentre os direitos sociais que foram reconhecidos a partir da constatação da necessidade de se buscar uma igualdade material e não apenas formal entre os seres humanos.

Dessa forma, de fato, o melhor entendimento acerca da questão da eficácia dos direitos sociais relaciona-se com a delimitação do que se consubstancia em direitos sociais, de um lado, e em mínimo existencial, de outro. Ocorre que essa delimitação é obscura na doutrina, não restando claro o que seria o mínimo existencial.

Contudo, apesar dessa falta de delimitação do mínimo existencial, é possível concluir que ao Estado cabe primordialmente a prevenção e o combate às doenças relacionadas à pobreza, a partir da ideia de que o mínimo existencial relaciona-se com o conceito de pobreza absoluta, bem como de que se trata de um mínimo necessário ao exercício da liberdade real.

Além disso, restou claro que não é possível entender um direito social como um direito subjetivo na concepção do direito privado, em que o cidadão é credor de toda e qualquer prestação na área da saúde, possuindo o Estado um dever correlato, passível de ser justiciável. Na esteira da melhor doutrina, os indivíduos possuem um direito público subjetivo a serviços públicos instituídos pelo Estado no escopo de dar a maior efetividade

possível a esse direito, em atenção ao bem comum. Dessa forma, o indivíduo não possui o direito subjetivo de buscar qualquer medicamento ou tratamento que repute necessário, apoiando-se apenas no direito à saúde, uma vez que esse é um direito que deve ser implementado através de políticas públicas de caráter coletivo que tenham em vista o bem de todos.

Feitas essas considerações, é importante frisar que o direito à saúde encontra-se positivado no ordenamento pátrio, nos artigos 6º e 7º, bem como nos artigos 196 a 200, da Constituição Federal. Tais dispositivos, além dos pactos internacionais ratificados e incorporados pelo Brasil, integram o direito à saúde na nossa ordem constitucional. Ocorre que a nossa Constituição não define, ao menos expressamente, em que consiste o objeto do direito à saúde

Nessa senda, quem vai definir o que é o direito a saúde é o legislador infraconstitucional. A partir desse modelo proposto pela Constituição vigente, a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde (SUS) foram fixados pela Lei Orgânica do SUS, Lei 8.080 de 1990. Acrescente-se que essa lei se fez acompanhar de ampla regulamentação, que se deu através de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. Dentre as portarias editadas encontra-se a de número 3.916/98, que estabelece a política nacional de medicamentos.

Com efeito, a Portaria n. 3.916/98 é a base de toda a política de distribuição de medicamentos, uma vez que as demais nela se apoiam. Conforme a política estabelecida nesse ato normativo, em suma, cabe ao gestor federal promover a elaboração, revisão periódica e a atualização do RENAME, que consiste na Relação Nacional de Medicamentos. Por sua vez, ao gestor estadual cabe definir a relação estadual de medicamentos, com base no RENAME e em conformidade com o perfil epidemiológico do Estado, bem como a definição dos medicamentos que serão adquiridos diretamente pelo Estado, inclusive os de caráter excepcional. Por fim, ao gestor municipal cabe definir a lista municipal de medicamentos essenciais com base no RENAME a partir do perfil nosológico do Município e assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica à saúde de sua população, integrando a sua programação à do Estado.

Portanto, quanto ao fornecimento de medicamentos, não existe uma omissão normativa por parte do Executivo e do Legislativo. Na verdade, as listas revelam as opções feitas pelo Poder Público considerando os orçamentos e as diretrizes traçadas pela política nacional de medicamentos.

Note-se que, considerando que os recursos necessários para dar efetividade ao direito à saúde são intrinsecamente escassos, diante do que se faz necessária a adoção de escolhas

alocativas, impõe-se a adoção de critérios, por parte do Poder Executivo, a fim de possa determinar quais demandas serão atendidas.

Posições que defendem que todos devem ter acesso irrestrito à saúde, sem considerações aos custos, reconhecendo às pessoas um direito subjetivo ao recebimento de quaisquer tratamentos, em última análise, acabam por minar a efetividade do direito que pretendem proteger. Isso porque as demandas por tratamentos devoram os recursos financeiros, sem que haja uma racionalização e planejamento quanto ao seu uso.

Todavia, tendo em vista o mínimo existencial, de regra, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá ser assegurado, e só o que estiver além dele poderá deixar ou não de ser atendido em função de juízos feitos pelo Poder Público. Trata-se de se fazer uma harmonização, uma concordância prática, através de uma avaliação simultânea dos direitos a serem efetivados e dos recursos disponíveis. Caberá, assim, aos órgãos de decisão política certa liberdade, mas não total, não se podendo deixar de considerar os princípios constitucionais.

Portanto, considerando a escassez dos recursos e a conseqüente necessidade de escolhas alocativas, bem como o fato de que o desafio da saúde pública passa por um dever de prestação positiva pela Poder Público, é necessário que se reconheça uma margem de discricionariedade administrativa na elaboração das políticas públicas. Note-se que, no Brasil, o estabelecimento de quais medicamentos e tratamentos serão fornecidos pelo SUS dá-se através dos órgãos administrativos competentes.

Malgrado algumas controvérsias doutrinárias pertinentes ao conceito de mérito dos atos administrativos e aos limites do controle judicial sobre tais atos, persiste a imunidade judicial de determinada área de atuação administrativa, que permanece como aspecto indevassável pelo magistrado.

Ocorre que nem sempre é possível definir objetivamente qual a única ação admitida pelo ordenamento jurídico. Sem mencionar que o estabelecimento de mais de um caminho passível de ser seguido pelo administrador faz-se, não raro, necessário, afim de que se melhor possa atingir o interesse público. Nesse contexto, inadmissível que o magistrado pretenda, no exercício de juízo de valor, definir aquela que seria a escolha ótima, penetrando em um espaço de gestão administrativa.

Note-se que ao Judiciário incumbe manter o administrador dentro dos limites da juridicidade, atentando ao ordenamento jurídico positivado infraconstitucionalmente, bem como tendo em vista a Constituição, especialmente os princípios administrativos e os princípios gerais do direito. Assim, se é certo que o Judiciário não deve substituir o mérito do ato administrativo tal como fixado na via administrativa, isto não significa impossibilidade de

observância da juridicidade, destacando-se a obrigatoriedade de motivação, inclusive dos atos discricionários, como mecanismo viabilizador do amplo controle da efetividade administrativa.

Também no setor da saúde, pode se impor a observância dos princípios quando da formulação de políticas públicas. Uma vez elaboradas tais políticas públicas, cabe ao Judiciário controlar todos os aspectos do ato vinculado cujos elementos e pressupostos encontram-se fixados na lei, sendo identificáveis mediante atividade interpretativa levada a efeito diante da realidade em questão.

Por outro lado, é ilegítima a invasão do espaço de decisão reservado ao Poder Público, sob pena de o julgador transmutar-se indevidamente em administrador, substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção feita pela autoridade competente. No tocante aos atos discricionários, não pode se imiscuir no núcleo da conveniência e da oportunidade, o que implica concluir pela exclusão do controle jurisdicional nessa seara.

Portanto, inevitável que se reconheça ao Poder Executivo uma margem de liberdade para que, atento às necessidades globais e aos recursos disponíveis, desenvolva políticas públicas eficientes. Dessa forma, as demandas judiciais individuais devem circunscrever-se a efetivação das políticas já realizadas, sob pena de se ferir a isonomia e de se acabar minando a efetividade do direito à saúde daqueles que não possuem acesso ao Judiciário.

Dessa forma, as decisões judiciais que ordenam ao Poder Público que forneça os medicamentos e tratamentos requeridos em desacordo com as políticas públicas estabelecidas invadem a área de legítima discricionariedade administrativa. Isso porque, é a Administração que possui a legitimidade democrática para, em atenção a todas as necessidades e diante dos recursos disponíveis, fazer as escolhas alocativas passíveis de dar a maior efetividade possível ao direito à saúde de todos. Portanto, nas demandas individuais, o Poder Judiciário somente pode ordenar que a Administração forneça os medicamentos e tratamentos já previstos pelas políticas desenvolvidas.

Por outro lado, ainda que se constate as dificuldades do Judiciário em defender, a partir de instrumento individuais, os direitos sociais, há que se reconhecer a sua função de zelar para que a promoção de políticas públicas seja feita de acordo com a lei e com os princípios constitucionais.

Nessa esteira, é possível que as listas de medicamentos sejam objeto de discussão judicial, revisão que deve ser feita no âmbito das ações coletivas, ou mesmo por ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se discuta a validade das alocações orçamentárias feitas. Logo, torna-se possível controlar as políticas públicas, a fim de que se verifique se o mínimo existencial está sendo atendido e se as escolhas estão respeitando os

princípios constitucionais, sem que se perca de vista a visão global das necessidades e dos recursos disponíveis.

Por fim, impõe-se que não se permita decidir apenas com base no altruísmo e no anseio de atender a uma pretensão específica posta para o julgamento, considerando que se trata de uma questão capaz de repercutir diretamente na vida de tantas pessoas,. Decidir individualmente pela concessão de um direito coletivo exige que se reflita que, em um País desigual como o nosso, poucos recorrem ao Poder Judiciário. É preciso ter em mente que os recursos são escassos, de forma que a concessão de um medicamento ou tratamento a uma pessoa pode implicar a não concessão para outra, talvez mais necessitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de . **Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo**. In *Temas de Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho/ coordenador Sérgio Mourão Correia Lima*, p. 99-125. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In *Revista de Interesse Público*, ano 9, n. 46, nov - dez de 2007, p. 31-61, Belo Horizonte:Fórum, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática Jurídica a Ética**. In *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul, n. 56, p. 47-88, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acessado em 04.11.2010.

_____, **Lei 8.080 de 1990**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acessado em 04.11.2010.

_____, Ministério da Saúde, **Portaria n. 3.916 de 1998**. Disponível em <www.saude.gov.br> Acessado em: 04.11.2010.

_____, **Relação Nacional de medicamentos- RENAME – 2000**. Gerência de Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, 2000. Disponível em <www.saude.gov.br>. Acessado em: 04.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24197**, Relator Ministro Luiz Fux, 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24197**, Voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.028835**, Relator Min. Luiz Fux, 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1136549**, Relator Ministro Humberto Martins, 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 28338**, Relatora Min. Eliana Calmon, 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Medida Cautelar n. 14015**, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso em Mandado de Segurança n. 28962**, Relator Min. Benedito Gonçalves, 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário n. 24197**, Voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki, 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 552.168**, Relatora Ministra Ellen Gracie, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393175**, Relator Ministro Celso de Mello, 2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 821769**, Relator Min. Joaquim Barbosa, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 823521**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 815716**, Relator Min. Marco

Aurélio, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo de Instrumento n. 809734**, Relatora Ministra Carmen Lúcia, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 566.47**, Relator Min. Marco Aurélio, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175**, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Segurança n. 4244**, Relator Ministro Cezar Peluso, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Tutela Antecipada n. 424**, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Tutela Antecipada n. 256**, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Supremo Tribunal Federal, **Suspensão de Tutela Antecipada n. 434**, Relator Ministro Gilmar Mendes, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

_____, Superior Tribunal de Justiça, **Informativo de Jurisprudência n. 433 da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acessado em: 05.11.2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

_____. **Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Controle jurisdicional dos atos políticos e**

administrativos na saúde pública. *In* Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, ano 12, n. 59, p. 83-124, 2010.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Direitos Fundamentais Sociais: reserva do possível e controle jurisdicional.** *In* Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 30, n. 63, p. 123-138, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro.** *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 179/80, p. 51-92, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, M. Seabra. **Conceito de Mérito no Direito Administrativo.** *In* Revista de Direito Administrativo, n. 23, p. 1-16, 1951.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa).** *In* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, n. 144, 1999.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo.** 7. ed. São Pulo: Malheiros, 2007.

LEAL , Victor Nunes. **Os Atos Administrativos perante o Judiciário.** *In* Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense: 1960

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Judiciário, democracia e políticas públicas.** *In* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, n. 122, p. 255-265, 1994

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Cláudio Ari. **Os Direitos Fundamentais Sociais e o Conceito de Direito Subjetivo**. In Os Desafios dos Direitos Sociais. MELLO, Cláudio Ari (coord.). In Revista do Ministério Público do Rio Grande Do Sul, n. 56, p. 105-138, Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 97, p 1-8, 1969.

_____. **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo**. Coimbra Editora, 1940.

RODÓ, L. Lopes. **O Poder Discricionário da Administração – Evolução Doutrinária e Jurisprudencial**. In Revista de Direito Administrativo, n. 35, p. 40-47, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. in Revista de Interesse Público, Belo Horizonte, n 12, p. 91-107, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária**. in SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 69-86.

_____. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, 1989