

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A BUSCA PELA SUA
EFETIVIDADE**

ALAIDE ROSA RIBEIRO DE SOUZA

Rio de Janeiro

2021

ALAIDE ROSA RIBEIRO DE SOUZA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A BUSCA PELA SUA
EFETIVIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Souza, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro

2021

CIP - Catalogação na Publicação

S Souza, Alaide Rosa Ribeiro de
, O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A BUSCA PELA SUA
Alaide EFETIVIDADE / Alaide Rosa Ribeiro de Souza. -- Rio
Rosa de Janeiro, 2021.
Ribeir 57 f.
od Orientador: Fábio Souza.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Judicialização da saúde. 2. direito à saúde. 3.
direitos fundamentais. I. Souza, Fábio, orient. II.
Titulo.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

ALAIDE ROSA RIBEIRO DE SOUZA

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A BUSCA PELA SUA
EFETIVIDADE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Souza, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____ / _____ / _____

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

Reuniu-se para examinar a MONOGRAFIA do discente:

DRE _____,

INTITULADA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A):

	Respeito à Forma (até 2,0)	Apresentação Oral (até 2,0)	Conteúdo (até 5,0)	Atualidade e Relevância (até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador (a)					
Prof. Membro 01					
Prof. Membro 02					
Prof. Membro 03					
				MÉDIA FINAL	

PROF. ORIENTADOR: _____ **NOTA:** _____

PROF. MEMBRO 01: _____ **NOTA:** _____

PROF. MEMBRO 02: _____ **NOTA:** _____

PROF. MEMBRO 03: _____ **NOTA:** _____

MÉDIA FINAL*: _____

*O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez)

() SIM () NÃO

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, pois é a principal razão de hoje poder concluir essa graduação e em um lugar tão desejado.

À minha família por todo o suporte até aqui, por entender a minha ausência em muitos momentos para me dedicar ao curso e à esse período de conclusão da faculdade.

Aos meus professores que depositaram não apenas conteúdo jurídico em nós, mas principalmente, em muitos momentos, nos influenciaram a ter uma reflexão mais holística.

Aos parceiros de faculdade que compartilharam a experiência de graduação comigo.

Aos meus amigos e igreja local que têm uma grande importância e significado em minha vida.

A todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para a realização deste trabalho, muito obrigada.

*“num mundo imperfeito de recursos
limitados, levar o direito à sério significa
também levar a escassez à sério”*

HOLMES e SUNSTEIN

RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da judicialização da saúde, fenômeno de grande importância em razão da garantia de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 e da teoria da efetividade. Aborda-se em que medida devem ser garantidos os direitos fundamentais, qual a sua extensão de proteção mínima e o que é razoável o indivíduo requerer judicialmente da sociedade. Faz-se, então, uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores, ressaltando-se a evolução da jurisprudência pátria no tocante ao controle judicial sobre a prestação do direito à saúde pelo Estado. Em última análise, discorre-se sobre a capacidade eletiva da Administração Pública e do Judiciário em atribuir decisão final quanto à prestação do direito à saúde e em que medida caberia a sindicalização judicial.

Palavras-chave: Judicialização; Direito à saúde; Garantia constitucional; Poder Judiciário; Mínimo existencial; Reserva do possível.

ABSTRACT

The present work approaches the issue of health judicialization, a phenomenon of great importance due to the guarantee of fundamental rights established in the 1988 Constitution and the theory of effectiveness. It approaches the extent to which fundamental rights must be guaranteed, what is the extent of the minimum protection and what is reasonable for the individual to request judicially from society. An analysis is then made of the case law of the higher courts, highlighting the evolution of the national jurisprudence regarding judicial control over the provision of the right to health by the State. Ultimately, there is discussion about the elective capacity of the Public Administration and the Judiciary in assigning final decision on the provision of the right to health and to what extent should judicial unionization.

Keywords: Judicialization; Right to health; Constitutional guarantee; Judicial power; Existential minimum; Possible reserve.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. NATUREZA PROGRAMÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	13
2. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	19
2.1. Primeira fase.....	19
2.2. Segunda fase.....	20
2.3. Terceira fase.....	25
3. RECONHECIMENTO DE UM POSSÍVEL DIREITO SUBJETIVO ORIGINÁRIO AO DIREITO À SAÚDE.....	34
3.1. Núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	36
4.2. Precificação dos direitos sociais.....	40
4.3 Doutrina da reserva do possível.....	41
4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADORES DE DIREITOS SOCIAIS	44
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

Esse trabalho tem como foco o direito fundamental à saúde, instituído na Constituição Federal de 1988, com seu desenvolvimento no artigo 196 como “direito de todos e dever do Estado”, devendo ser “garantido mediante políticas públicas e econômicas” e instituído o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.¹

Grande marco fundamental também à instituição do direito à saúde foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), resultado de esforços de um Movimento de Reforma Sanitária, inserido dentro de um contexto de redemocratização do país, sendo a proposta debatida na própria Assembleia Nacional Constituinte. No Brasil, a saúde não era vista como um direito e sim como um seguro que favorecia às pessoas vinculadas à previdência social. Contudo, com a criação do SUS pela Constituição Federal de 1988, a saúde se estabelece como um direito fundamental do ser humano, promovendo um atendimento igualitário, com o fim de promover a saúde de toda a população.²

O direito à saúde, concretizado por meio de políticas públicas, sofreu grande evolução com o desenvolvimento do Estado Moderno e, em especial, no contexto brasileiro, com a implementação da Constituição Federal de 1988. Especialmente após a Segunda-guerra mundial, erigiram-se Constituições nas quais haviam novos direitos fundamentais de segunda dimensão consagrados. Além de possuírem força de norma fundamental, essas Constituições estabeleceram a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais pelos juízes e tribunais. Alinhada a essa nova lógica de proteção aos direitos fundamentais de segunda geração, a Constituição brasileira de 1988 trouxe um amplo rol direitos fundamentais sociais³.

Contudo, a eficácia dos direitos sociais, e em especial o direito a sua saúde, depende de recursos públicos do Estado nem sempre disponíveis. Em um contexto de falta de efetividade dos direitos sociais consagrados, o fenômeno da judicialização da saúde corrobora para uma atuação do Judiciário no contexto de controle dos atos administrativos. Nesse viés, em razão do

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

² MENEZES, V. H. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 132-133.

³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. BRASIL, op. cit.

Poder Público prestar o acesso a serviços sociais de saúde de forma precária e muitas vezes aquém do mínimo que seria razoável, o Judiciário tem sido provocado a se manifestar sobre questões relativas a alocações de recursos públicos, controle de atos da Administração na esfera de direitos sociais e garantia de proteção de direitos fundamentais. À vista disso, o Judiciário surge como um grande protagonista, já que lhe cabe intervir na concretização de valores e fins constitucionais, face a omissão dos poderes mais competentes para tal.

Os direitos fundamentais a prestações, como o direito à saúde, têm por objeto uma conduta positiva por parte do Estado em prol dos indivíduos, que via de regra consiste em uma prestação de natureza fática ou normativa.⁴ Entretanto, não se pode olvidar que os direitos sociais também se apresentam como direitos subjetivos negativos, ao impedir, por exemplo, que restrições que possam violar o núcleo essencial do direito.⁵

Dessa forma, o presente estudo busca analisar as dificuldades para a efetivação do direito à saúde por meio de uma abordagem do tema de acordo com os tópicos seguintes que foram dispostos em cinco capítulos. No primeiro capítulo, discorre-se sobre o caráter programático dos direitos fundamentais e como isso implicaria na sua efetividade. Em um segundo capítulo, faz-se um exame da jurisprudência após a promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolvendo como o STF e STJ tratam as prestações do direito à saúde. No terceiro capítulo, analisa-se brevemente sobre a evolução da saúde como uma prestação social. Já no quarto capítulo, expõe-se a capacidade de subsumir um direito subjetivo do direito à saúde. Por fim, no quinto capítulo, discorre-se acerca do controle judicial sobre as políticas públicas.

Esse estudo envolve questões complexas acerca da organização da atividade administrativa e não é objeto desse trabalho esmiuçar o sistema de saúde brasileiro. Buscará, com efeito, abordar questões relativas à fundamentalidade do direito, seu núcleo de proteção, limites à teoria da reserva do possível, a evolução da forma como a jurisprudência tem tratado o tema, bem como em que medida o controle judicial estaria apto a interferir e controlar a parcela da liberdade da Administração Pública em efetivar o direito à saúde por meio de políticas públicas.

⁴ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 288

⁵ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007, p. 29.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

1. NATUREZA PROGRAMÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Com o constitucionalismo contemporâneo, a doutrina da efetividade tornou-se um tema relevante, tendo em vista o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais⁶. A eficácia da norma jurídica está ligada à sua capacidade de produzir efeitos para os quais ela fora criada. Nesse sentido, Ana Paula Barcellos define a eficácia jurídica como “um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles”.⁷

Não obstante, as normas constitucionais possuem graus de abertura e densidade que implicam sua autoaplicabilidade⁸. Dessa forma, as normas mais completas são mais autoaplicáveis, não dependendo da elaboração de uma norma ordinária para sua execução.

Partindo de uma crítica à teoria clássica norte-americana ao defender que nenhuma norma constitucional é em si completa, porque necessita ao menos do trabalho do intérprete para torná-la aplicável aos casos concretos - uma vez que geral e abstrata - e que por outro lado não haveria norma constitucional alguma de todo ineficaz, José Afonso da Silva⁹ vai desenvolver uma concepção moderna sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais, tendo como norte a efetividade da norma por um viés de efetivação de valores sociais. Em outros termos, analisa-se a eficácia do direito não apenas como aptidão de exigibilidade e de executoriedade da norma, como também a sua capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas, ou seja, materialização dos preceitos normativos no mundo dos fatos.

Nesse sentido, de acordo com o jurista José Afonso da Silva, a classificação quanto à eficácia e à aplicabilidade das normas constitucionais pode ser estabelecida em três categorias: a. as normas constitucionais de eficácia plena; b. as normas constitucionais de eficácia contida;

⁶ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** 2009, p. 3. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em 19 fev. 2021.

⁷ BARCELLOS, A. P. **Eficácia das normas constitucionais.** Edição 1. Tomo direito administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais#:~:text=Efic%C3%A1cia%20jur%C3%ADica%20%C3%A9%20um%20atributo,fundamento%20em%20cada%20um%20deles>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁸ BRANCO, P. G.; MENDES, G. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 83.

⁹ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012.

e c. as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Convém, portanto, abordar sucintamente essas categorias.

Terão eficácia plena aquelas normas aptas a produzirem todos os efeitos a partir do momento em que a constituição entra em vigor, pois já estão prontas para disciplinar as relações jurídicas. Enquadram-se nessa categoria, as normas que contenham proibições, as que confirmam isenções e as que estipulam prerrogativas, uma vez que seriam normas mais completas, autoexecutáveis.

Assim como as normas de eficácia plena, as normas constitucionais de eficácia contida estão aptas a exercerem os seus efeitos no mundo jurídico, entretanto, estas possuem a peculiaridade de poderem ser restringidas por meio da legislação infraconstitucional. Esse tipo de norma dá expressa autorização para que a lei disponha sobre a sua abrangência.

Na terceira classificação, estão as normas constitucionais de eficácia limitada, quais sejam, aquelas que dependem da atividade do legislador ordinário ou de outro órgão do Estado para incidir nas relações jurídicas. Essas normas são incompletas, possuem uma incidência reduzida e produzem outros efeitos não-essenciais, ou seja, que não dirigidos aos valores-fins da norma, produzindo apenas valores meios e condicionantes¹⁰. Elas podem ser de viés institutivo, quando dão início à estruturação de institutos, de instituições, de entidades e de órgãos, bem como podem se apresentar como normas programáticas.

As normas programáticas são caracterizadas por imporem uma tarefa ao poder público, imputando-lhe determinadas atividades, assim como lhe prescrevem uma ação futura. Nas palavras de Jorge Miranda¹¹ (2002), esse tipo de norma ressalta a aplicação diferida, consoante que:

não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si” (...). Aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados

Toda norma constitucional produz algum efeito no mundo jurídico e isso não é diferente às normas programáticas. Nesse sentido, Canotilho vai falar em “morte” das normas

¹⁰ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012, p. 83.

¹¹ MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 442.

constitucionais programáticas, uma vez que atualmente se é conferido a estas um valor jurídico constitucional, não sendo tratadas apenas como “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, “aforismos políticos”, “promessas”, “apelos ao legislador” ou “programas futuros”, que juridicamente sejam desprovidas de qualquer vinculatividade. Entretanto, não se deixa de lado a problemática de entender em que termos a norma constitucional poderá ter aplicabilidade direta e em que medida será exequível por si mesma.¹²

Em suma, as normas programáticas produzem ao menos o que se considera como “efeitos mínimos”. Esse tipo de norma possui a capacidade de revogar normas anteriores que lhe seja incompatível; servem de parâmetro de controle de constitucionalidade; condicionam a legislação futura, impondo um dever político ao órgão que possua a competência de colocá-la em prática, servindo de norte teológico para a interpretação e a aplicação do direito. Elas também marcam uma discricionariedade em sua aplicação pelos poderes públicos, uma vez que sua eficácia depende além de fatores jurídicos, de fatores econômicos e de fatores sociais.¹³

Nesse sentido, a pouca eficácia da norma constitucional de caráter programático decorre da necessidade prévia de uma atuação do poder público através de políticas sociais. Nessa entoadada, José Afonso da Silva declara¹⁴

são aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativo, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado

A presença de normas programáticas é uma característica das Constituições contemporâneas e a Constituição de 1988 é um exemplo, uma vez que composta de conteúdo social, em que são definidos fins e programas de ação futura com o fim de estabelecer uma orientação social democrática. Em razão disso, o constituinte se preocupou em abordar minuciosamente assuntos e, por muitas vezes, os enunciados das normas assumiu grande imprecisão, comprometendo a sua eficácia e aplicabilidade imediata, por serem necessárias adoções de providências ulteriores para incidir no mundo dos fatos. Observa-se, desse modo,

¹² CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição** – 7ª ed., (11.ª Reimpressão). Edições Almedina. p. 1176-1177

¹³ BRANCO, P. G.; MENDES, G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 78.

¹⁴ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012, p. 135.

as normas constitucionais sendo introduzidas encaradas como princípios, esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.¹⁵

As normas programáticas são de grande importância para atribuir fins ao Estado, em direcionar para onde e como se vai, com isso, busca-se realizar uma justiça social, ausente no liberalismo econômico. Apenas o reconhecimento dos direitos sociais não foi suficiente para reequilibrar a sociedade e, nesta perspectiva, o sistema anterior foi incapaz de realizar na prática, através de promessa constitucional, a justiça social. Em decorrência disso, a Constituinte de 1988 buscou ser mais incisiva “ao conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna”. Dessa forma, a constituição pátria apresentou um conteúdo preciso à justiça social.¹⁶

Entretanto, conforme acordado por José Afonso da Silva, questiona-se a “natureza desse valor-fim das ordens econômica-social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem”¹⁷. Nota-se ainda que gradualmente a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido cada vez mais um caráter vinculativo às normas programáticas.

José Afonso sustenta que conquanto o artigo 5º, §1º da CRFB/88 estabeleça que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”,¹⁸ essa disposição, contudo, não teria o condão de resolver todas as questões de eficácia da norma, uma vez que a própria Constituição vincula a aplicação de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos à legislação ulterior, ressaltando a eficácia limitada e imediata.¹⁹

Com isso, esse jurista vai entender que o disposto no artigo 5º, §1º, outrora mencionado, possui o simples valor de identificar que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são aplicáveis “até onde possam, até onde as instituições ofereçam garantias para o seu atendimento”. Outrossim, sendo o caso do Poder Judiciário ser invocado para decidir a

¹⁵ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012, p. 134.

¹⁶ *Ibidem*, p. 138-139.

¹⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

¹⁹ SILVA, op. cit, p. 139.

despeito desse tipo de garantia constitucional, não poderia deixar de aplicá-la, “conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes”.²⁰

No mesmo sentido, Sarlet, Marinori e Mitidiero vão defender que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 possuem aplicabilidade imediata e são plenamente eficazes, conforme vai prescrever o art. 5º, §1º da Constituição Brasileira. Entretanto, os direitos sociais, pelo seu caráter prestacional e em razão da sua forma de posituação, dependeriam de uma concretização legislativa.²¹

Há, ainda quem defenda que o direito à saúde positivado no artigo 196 da Constituição de 1988²² não se trataria nem de uma regra ou de uma norma programática, mas sim de um princípio. Partindo desse pressuposto, o direito à saúde seria implementado através de políticas públicas na medida do possível, ou seja, tratar-se-ia de um mandado de otimização que seria realizável mediante as possibilidades fáticas e jurídicas. Com isso, o Poder Judiciário não poderia compelir o Estado a materializar toda e qualquer prestação de saúde ao administrado, pois não se trataria de um direito em definitivo.²³ Nesse mesmo viés, Barcellos sustenta que o direito à saúde, por possuir natureza de princípio constitucional, somente seriam exigíveis judicialmente as prestações que compusessem seu núcleo mínimo.²⁴

De acordo com esse entendimento, quando o Poder Judiciário compele a Administração Pública a satisfazer uma demanda de saúde com respaldo apenas no artigo 196 da Constituição Federal²⁵, haveria um vício de fundamentação, uma vez o artigo mencionado teria natureza apenas principiológica. Portanto, tratando-se de um princípio, seria necessária a utilização da

²⁰ SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012, p. 161.

²¹ MARINORI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 471.

²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

²³ DUARTE, L. G. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: Um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 136.

²⁴ BARCELLOS, A. P. **Eficácia das normas constitucionais**. Edição 1. Tomo direito administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais#:~:text=Efic%C3%A1cia%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20um%20atributo,fundamento%20em%20cada%20um%20deles>. Acesso em: 19 fev. 2021.

²⁵ BRASIL, op. cit.

argumentação jurídica adequada, e quando a demanda envolvesse uma prestação estatal fora do núcleo essencial do direito, seria imperiosa uma ponderação de valores.²⁶

²⁶ DUARTE, op. cit., p. 137.

2. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Na jurisprudência pátria, como será abordado a seguir, o direito à saúde tem sido tratado como norma programática e há um claro avanço na análise do tema quando se tem como paradigma as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), podendo-se definir em, ao menos, três fases a jurisprudência pátria a esse respeito. Em um primeiro momento, conforme será exposto a seguir, a jurisprudência chegou a negar a viabilidade do direito à saúde por considera-lo uma norma programática, logo com eficácia limitada, dependendo de uma posterior regulamentação legislativa. Porém, em uma segunda fase, nota-se que o acesso às prestações materiais relativas ao direito à saúde foram entendidas praticamente como ilimitadas. Já em uma terceira fase, pode-se observar a prevalência de uma tentativa conciliatória “entre as inadiáveis necessidades do cidadão em saúde pública e a observância da racionalidade das políticas públicas sanitárias”.²⁷

Após a promulgação da Constituição Federal em 1988, existe um vácuo na jurisprudência acerca do direito da saúde acerca de seu reconhecimento ou garantia como um direito fundamental. Foi com o início da década de 1990 que os tribunais começaram a lidar com a judicialização do direito à saúde. Destarte, nos parágrafos posteriores será feita análise em três fases da evolução da jurisprudência a respeito da sindicalização do direito à saúde.

2.1. Primeira fase:

Um dos primeiros julgados, nesse contexto, a ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça é o Recurso em Mandado de Segurança nº. 6564/RS (95.0068782-8)²⁸, apreciado em 23 de maio de 1996, em que a corte em comento entendeu que o Poder Judiciário não poderia interferir nas políticas públicas de saúde.

O Mandado de Segurança que deu fundamento ao presente contexto tinha sido impetrado por um menor portador de doença rara, no qual se pleiteava uma quantia para a

²⁷ BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 19 fev. 2021.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RMS nº 6564/RS. Primeira Turma. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>. Acesso em: 19 fev. 2021.

importação de um aparelho de marca-passo fabricado nos Estados Unidos, com fulcro nos artigos 6º, 196, 241 e 242 da Constituição de 1988²⁹ e no Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁰ Contudo, o governador do Estado impetrado havia se negado a atender o pleito autoral, e por diversas vezes indeferiu os requerimentos que lhe foram dirigidos. De igual modo, o impetrante não obteve sorte, tendo a segurança do Mandado de Segurança denegada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e, com isso, foi interposto Recurso Ordinário para a corte em questão.

Em sede recursal, o Ministro Demócrito Reinaldo, relator do caso em comento, entendeu que o recurso não deveria prosperar em razão da ausência de direito líquido e certo. Em sua fundamentação, entendeu que as regras constitucionais suscitadas pelo requerente, quais sejam, arts. 6º, 195, 196, 204 e 227, consistiriam em normas programáticas, e como normas de eficácia limitada, dependeriam de normatividade ulterior ou de legislação complementar para incidir sobre os interesses tutelados, bem como ações do Poder Executivo para sua execução, uma vez que nenhum órgão ou autoridade poderia realizar despesas sem a devida previsão orçamentária e, nesses termos, a turma em unanimidade negou provimento ao recurso.

Dessa forma, com fulcro nos argumentos de programaticidade das normas definidoras dos direitos sociais, bem como o apelo à reserva do possível - teoria que será aprofundada mais a frente - uma vez que alegado não poder realizar despesa sem a autorização orçamentária competente, esse primeiro julgado marca uma fase da jurisprudência em que não se subtrai aplicabilidade mediata aos direitos sociais.

2.2. Segunda fase

Em uma segunda fase que começa a ser construída a partir dos anos 2000, o judiciário se mostra mais deferente às ações individuais referentes ao direito à saúde, à medida que se identifica a fundamentalidade material do direito em questão e que emana diretamente da

²⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

³⁰ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 fev. 2021

dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, observa-se os tribunais superando as teses defensivas da Fazenda Pública com o fim de satisfazer os pleitos individuais.³¹

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 195.192/RS,³² em 12 de setembro de 2000, interposto em face de Mandado de Segurança no qual havia sido concedida a segurança no tribunal a quo, o postulante portador de doença rara requeria do Estado o fornecimento de medicamento fabricado exclusivamente nos Estados Unidos e na Suíça. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul entendeu por conceder a segurança ao Mandado, com fulcro na fundamentalidade do direito à saúde.³³ Irresignado, portanto, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs Recurso Extraordinário, alegando a inexistência de direito líquido e certo do autor e que o artigo 196 da Constituição de 1988 não seria autoaplicável, posto sua eficácia limitada.

Apresentando o início de uma guinada na jurisprudência, a Segunda Turma, por meio do Ministro Relator Marco Aurélio, entendeu por não conhecer do recurso, bem como refutou os argumentos do recorrente, nos seguintes termos:

Quanto ao tema de fundo propriamente dito, além de ter-se o apoio na assistência do Estado prevista na Lei Maior, consideradas a vida, a saúde e o bem-estar da criança e do adolescente, constata-se que o acórdão proferido está lastreado, também, em interpretação de normas locais. A própria autoridade apontada como coatora, ou seja, o Excelentíssimo Senhor Secretário da Saúde, teria reconhecido a obrigatoriedade de aquisição e fornecimento de medicamentos excepcionais de alto custo para o Ministério da Saúde, INAMPS e para o próprio Estado. Isso decorre do Sistema Unificado de Saúde. No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e o desenvolvimento das mesmas. O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente.³⁴(grifo nosso)

Assim, ainda que com fundamentação sucinta, o STF sinaliza o entendimento que questões orçamentárias não poderiam ser um limitador à eficácia da garantia constitucional.

³¹ RAMOS, J. M. A judicialização do direito à saúde e a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores. *In Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ*. v. 11, n. 2. 2º Semestre, 2019, p. 938. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/v11n22019_sumario.html. Acesso em 19 fev. 2021. p. 938.

³² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 271.286. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j. 123/09/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 19 fev. 2021

³³ BRASIL. **Superior Tribunal Federal**, RE nº 195.192/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000 DJ 31/03/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em 15.10.2020

³⁴ *Ibidem*.

Outrossim, a partir de 2000, a jurisprudência do STJ também começou a mudar através do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 11183/PR,³⁵ e já influenciada pela posição do STF exarada no Recurso Extraordinário n. 195.192 comentada anteriormente.³⁶

No Mandado de Segurança n. 11183/PR, impetrado no Tribunal de Justiça do Paraná, a impetrante, portadora de esclerose lateral aminotrófica (ELA), requer o fornecimento de medicamento Riluzol (Rilutek), considerado como o único medicamento recomendado para a doença capaz de retardar o seu avanço, aumentando a sobrevida em meses. O Tribunal de origem denegou segurança ao remédio constitucional, uma vez que entendeu não ser abusiva ou ilegal a exigência da autoridade pública que a impetrante se apresentasse para se submeter a uma nova avaliação médica, a qual não compareceu.

Com isso, em sede de Recurso Ordinário, em 22 de agosto de 2000, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em unanimidade, com relatório do Ministro José Delgado, entendeu que não deveriam prosperar os argumentos da autoridade impetrada.

Além de trazer argumentos de autoridades científicas que comprovassem a efetividade da medicação requerida, o ministro relator sustentou que o cumprimento de uma formalidade burocrática, qual seja, o comparecimento para uma nova avaliação, não poderia ser um óbice suficiente a impedir a concessão do pleito da impetrante, em razão da gravidade e urgência da situação. De igual modo, sem defender ser o direito à saúde uma norma de natureza programática ou de eficácia imediata, ressaltou a relevância do direito social em questão e que nenhuma regra hermenêutica poderia se sobrepor ao princípio estabelecido no artigo 196 da CF/88, “A saúde é direito de todos e dever do Estado”.³⁷

³⁵ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, MS nº 111.183/PR. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, DJ 04/09/2000. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8185068/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-11183-pr-1999-0083884-0>. Acesso em 19 fev. 2021

³⁶ BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. p. 12 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 19 fev. 2021.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

Outro julgado que mostra a evolução da posição da corte constitucional é o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS³⁸. O recurso foi interposto pelo Município de Porto Alegre em face de decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello que não conheceu do recurso extraordinário outrora interposto, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça local recorrida. O Tribunal de Justiça de Porto Alegre havia reconhecido, com fulcro no art. 106 da CRFB/88, a solidariedade do Município de Porto Alegre e do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer medicamentos para o tratamento de AIDS gratuitamente aos casos em que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

Em sede de argumentação do Agravo Regimental, o Município alegou que o acórdão recorrido teria violado o artigo 167, I da Constituição Federal, uma vez que haveria expressa vedação ao início de programas e projetos não incluídos na lei orçamentária anual, argumentando ainda que caberia ao Poder Executivo o poder de iniciativa da lei de orçamento da seguridade social. De igual modo, o recorrente sustentou a violação ao 198, §2º, também da Constituição Federal.

Por sua vez, o Ministro Celso de Melo, relator, ao julgar o recurso, entendeu que o direito subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas, devendo, assim, o poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas a garantir seu acesso universal e igualitário à assistência aos cidadãos e inclusive aos portadores do vírus HIV.

Outrossim, o voto em questão ressaltou o caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal, porém, isto não poderia justificar que a norma constitucional convertesse em promessa inconstitucional, devendo, dessa forma, o Poder Público adotar “providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional”.³⁹ Ainda, o Ministro Celso de Melo, argumentou que:

“**Não basta**, portanto, que Estado **meramente** proclame o reconhecimento formal de um direito. **Torna-se essencial** que, **para além** da simples declaração constitucional desse direito, seja ele **integralmente** respeitado e **plenamente** garantido, especialmente, naqueles casos em que o direito – **como o direito à saúde** – se

³⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 271.286. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j. 23/09/2000.

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em 19 fev. 2021

³⁹ *Ibidem*, p. 10-11.

qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o **poder** do cidadão de exigir, do Estado, a **implementação** de prestações positivadas **impostas** pelo próprio ordenamento constitucional.”⁴⁰(grifo do autor)

Portanto, com base nos fundamentos mencionados e destacando que a decisão do Tribunal local estaria em conformidade com a jurisprudência dominante da corte constitucional, a Segunda Turma do STF, em unanimidade, deixou de acolher a pretensão do Município, negando provimento ao agravo regimental.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal aventa a indisponibilidade do direito à saúde em favor da sua concretude, mesmo diante de argumentos de difícil superação como a efetiva escassez de recursos.⁴¹ As normas programáticas também tomam um contorno diverso da composição clássica desenvolvida pelo jurista José Afonso da Silva (2012). No entendimento das cortes, o direito à saúde estaria disposto por meio de norma programática, contudo, a sua interpretação não poderia resultar em uma promessa inconstitucional e essa premissa é tida de forma inconteste, sendo repetida em uma grande quantidade de julgados, como por exemplo, AI 662822/RS, AGR no RE 393175/RS e RE 535145-MT:⁴²

Acerca da natureza da norma programática e a forma como tem sido aplicada nos casos que envolvem o direito à saúde, Fernando Lima (2019) vai sustentar:

Com efeito, o ideário, teorizado pelo citado autor constitucionalista, de programas a serem cumpridos pelo Estado, como orientações que os governantes devem levar em conta ao tomar as suas decisões, todavia, sem vínculo efetivo ao seu cumprimento, perde o seu sentido original. Em última análise, o tempo de cumprir o “programa em direito à saúde”, passou; a sua interpretação aproxima-se muito mais das normas de eficácia imediata – também proposta por José Afonso da Silva -, em que pese ainda serem chamadas pelo STF de normas de eficácia programática.⁴³

Não obstante, Fernando Lima (2019) também irá alegar que o Ministro Celso de Melo nesse julgado apresenta uma postura emocional em seus argumentos, representado por um choque de ação e reação. Nesse sentido, o referido ministro faz uma colisão entre argumentos favoráveis e desfavoráveis ao direito à saúde, porém já com uma tomada de decisão, “evidencia-se a sua posição de forma a desqualificar a outra posição”.⁴⁴

⁴⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 271.286. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j. 23/09/2000. P. 11. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em 19 fev. 2021.

⁴¹ LIMA, F. R. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 85.

⁴² *Ibidem*, p. 86.

⁴³ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 142.

“Para pormenorizar a questão, comenta-se que quando o Ministro Celso de Mello grafa que a interpretação da norma constitucional não pode transformá-la em promessa inconstante, posiciona-se como interpretante enérgico, em nível de secundidade, porque denota, no primeiro início, a síntese dos dois lados: direito à saúde com força vinculante e direito à saúde como norma programática. Portanto, acaba por produzir um reação a essa dicotomia, bem como, de forma, implacável, coloca que a interpretação não pode tornar-se promessa inconstante. Ressalta-se a expressão “inconstante”.⁴⁵

3.3. Terceira fase

Já em meados da década de 2000, começou a vigorar um novo entendimento, superando a fase do “direito a tudo”, ou seja, que o direito à saúde daria respaldo para uma satisfação integral à pleitos individuais. Diante disso, os tribunais passaram para uma análise mais minuciosa dos casos concretos, dando-se maior atenção a pareceres técnicos, com isso, inaugura-se na jurisprudência pátria uma série de decisões que negaram aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas.⁴⁶

Esse momento da jurisprudência tem como grande marco a Audiência Pública STA 175, em 2009, em que se estabeleceram parâmetros de concessão de medicamentos, configurando uma racionalização do julgamento dos casos que envolvem o direito à saúde.

Alinhado à essa nova fase da jurisprudência, no Mandado de Segurança n. 8895/DF⁴⁷ o Superior Tribunal de Justiça apresentou uma tese mais restritiva ao negar o pleito do impetrante. Cuida-se de ação em que o recorrente portador de anomalia degenerativa da retina (retinose pigmentar) requer a concessão de custeio das despesas do tratamento em Cuba para amenizar os efeitos da doença, sendo negada pelo Secretário de Assistência à Saúde.

A Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, trouxe aos autos parecer técnico que entendia pela não comprovação científica do tratamento pleiteado, dessa forma, com fulcro na

⁴⁵ LIMA, F. R. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 142.

⁴⁶ RAMOS, J. M. A judicialização do direito à saúde e a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores. *In Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ*. v. 11, n. 2. 2º Semestre, 2019, p. 935. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/v11n22019_sumario.html. Acesso em 19 fev. 2021.

⁴⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça**, MS nº 8895/DF. Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23/10/2003. DJ 07/06/2004. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0/inteiro-teor-19603997>. Acesso em 19 fev. 2021

ausência de recomendação médico-científica para o tratamento, votou por denegar a segurança do Mandado. Contudo, por outro lado, com fundamento na dignidade da pessoa humana, os Ministros José Delgado e Luiz Fux votaram por conceder a segurança do remédio constitucional.

Ao acompanhar a relatora, o Ministro Teori Zavaski salientou que apesar do direito à saúde ser um direito fundamental, ele não é absoluto e deve ser atendido na medida das possibilidades, inclusive, financeiras, da sociedade. Além disso, deve-se levar em conta a recomendação técnica contrária, não tendo o Judiciário, dessa forma, autoridade científica para contestá-la. De igual modo, o Ministro Castro Meira, acompanhou a relatora, com argumentação baseada na escassez de recursos e assim, por maioria, o pleito do impetrante foi denegado.

Dessa forma, esse precedente inaugura uma nova forma de abordar a temática do direito à saúde no Poder Judiciário. O princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser o argumento absoluto para respaldar o deferimento das prestações sociais, bem como as discussões sobre a eficácia das normas constitucionais não são mais o centro da questão, levando-se em conta também uma análise acerca da eficiência do tratamento médico requerido e sua previsão no SUS, por exemplo.⁴⁸

Cumpra ainda comentar a Suspensão de Segurança nº 3073/RN⁴⁹, julgada pelo STF, na qual o Estado do Rio Grande do Norte requer a suspensão da execução da liminar em Mandado de Segurança em que determinava o fornecimento de medicamento Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante. Trata-se de medicamento experimental ainda em estudo e que não se encontra relacionado na lista do Ministério de Saúde, e que por sua vez, o ente federado alega não se negar a fornecer todo o tipo de medicamento, apenas propõe a indicação de outros similares.

⁴⁸BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 19 fev. 2021. p. 104

⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, SS nº 3073. Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em 19 fev. 2021

Na decisão monocrática proferida pela presidente da corte na época, Ministra Ellen Gracie, entendeu estar configurada ofensa à ordem pública em razão do custo do medicamento e por não constar em lista oficial dos fármacos do SUS. Assim, ressaltando o impacto financeiro do deferimento da demanda individual, consignou nos seguintes termos:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.⁵⁰

Deste modo, ao deferir o recurso do Estado com o fim de obstar a liminar do mandado de segurança, observa-se que a questão econômica foi colocada em primazia em relação a outros argumentos, como a dignidade da pessoa humana e a eficácia da norma no caso em questão. Ademais, esse julgado traz importante parâmetro relativo a medicamentos experimentais.

Com efeito, merece, nesse sentido, especial atenção o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE⁵¹ pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi convocada audiência pública, tornando-se caso emblemático e responsável por fixar importantes parâmetros bem mais definidos sobre o tema.

O caso em análise se trata de Agravo Regimental interposto pela União em face de decisão da presidência do STF, à época o Ministro Gilmar Mendes, que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada n. 175, formulado pelo agravante, contra acórdão proferido pelo TRF da 5ª região que determinou o fornecimento de medicamento denominado Zavesza (Miglustat), não registrado pela ANVISA, em favor de paciente portadora de doença rara, cujo custo mensal era estimado em R\$ 52.000,00.

Em suas razões, a União alegou que a decisão objeto de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsideraria a

⁵⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, SS nº 3073. Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em 19 fev. 2021

⁵¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em 19 fev. 2021

função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, restando caracterizada a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Ademais, sustentou a sua ilegitimidade passiva, a ofensa ao sistema de repartição de competências, a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Ressaltou, por fim, o impacto financeiro da aquisição do medicamento pleiteado de alto custo, podendo gerar deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

Diante da grande quantidade de processos e a complexidade das questões envolvidas neles, o então Presidente da corte convocou uma Audiência Pública para ouvir especialistas em matéria de Saúde Pública, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. A corte analisou, desse modo, o caso em questão com base nas experiências e dados colhidos na referida audiência pública, sendo possível, desse modo, destacar alguns entendimentos que ficaram consolidados na audiência, resumidos em parâmetros a serem estabelecidos da seguinte forma, conforme os argumentos a seguir.

Na maioria dos casos, conforme depreende os integrantes da Audiência Pública, não se trata do Poder Judiciário criando e implementando políticas públicas em matéria de saúde, mas sim de determinação judicial para o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Posto isto, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nesse caso, haveria um direito subjetivo público a determinada política pública já existente e o Judiciário só estaria determinando o seu cumprimento.

Por outro lado, se não houver a política pública para a prestação de saúde requerida, deve-se analisar se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não a fornecer ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Além disso, em casos em que o postulante requer o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA, pontua-se que é vedado à Administração Pública fornecer o fármaco, uma vez que seu registro configura condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar

para a sua incorporação. Contudo, conforme prevê a Lei nº. 9.782/99, há possibilidade de dispensa do registro para medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministérios da Saúde.

Como segundo parâmetro, há casos em que se requer judicialmente prestações de saúde que não são custeadas pelo SUS, pela Administração Pública entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nesse caso, pode ocorrer do SUS fornecer o tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; ou do SUS não ter nenhum tratamento específico para determinada patologia.

No primeiro caso, em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado, deve-se privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Todavia, esse entendimento não afasta a possibilidade do Poder Judiciário ou da própria Administração Pública decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Cabe ainda salientar que os protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, o que permite a sua contestação judicial.

Por outro lado, quando se tratar de inexistência de tratamento a rede pública, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo SUS. No caso dos tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia), o Sistema de Saúde brasileiro não pode ser obrigado a custeá-lo. Quando se tratar de novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, contudo, é imprescindível que a instrução processual haja ampla produção de provas.

Não obstante, em todo o caso ficou sedimentado que independente da hipótese levada à consideração pelo Poder Judiciário, será necessário a instrução das demandas de saúde com ampla produção de provas para que não haja uma produção de padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que não contemplem as especificidades dos casos concretos.

Voltando ao caso que originou o recurso, o colegiado entendeu que o recurso não deveria prosperar, uma vez que entendeu estar configurada a responsabilidade solidária dos entes federativos, bem como que o argumento sobre o alto custo de um tratamento ou medicamento registrado pela ANVISA não seria suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público. Rechaçou, por conseguinte, a hipótese do efeito multiplicador, já que a análise de decisões dessa natureza seria feita caso a caso e, por fim, entendeu que haveria grave lesão se a decisão viesse a ser suspensa.

Observa-se, por sua vez, que o Ministro Gilmar Mendes, através desse julgado, constrói uma postura de raciocínio lógico, mais refletido e menos emotivo. Através das informações levantadas, concluiu que no aspecto do direito à saúde não se trata de judicializar as políticas públicas e sim de efetivá-las, visto que na maioria dos litígios já existiria uma política pública, mas o que faltaria seria a efetividade. Assim, para se chegar a esta conclusão, fundamentou seu voto em dois importantes paradigmas: uma consistência teórica embasada em teorias constitucionais sobre os direitos fundamentais e, por outro lado, a audiência pública convocada.

Desse modo, o relator chegou à conclusão de que o Estado-juiz na realidade age em busca de efetivar as várias políticas públicas já existentes, por meio de decisões que visam determinar situações específicas dos casos concretos, mas que não são abrangidas pela política pública em voga que, por muitas vezes, são pensadas de forma genérica com o fim de atender o maior número de indivíduos. Apresenta, assim, o ministro Gilmar Mendes, através desse julgado, uma tendência de racionalização da Suprema Corte ao decidir casos relativos ao direito à saúde, apresentado uma argumentação jurídica mais sólida, “numa perspectiva mais lógica, a formar um plexo teórico que o direcionará sem ser guiado pela paixão”.⁵²

Por oportuno, mais recentemente, o STF também selecionou alguns casos paradigmáticos a respeito do fornecimento de medicamentos pelo Estado, através dos quais têm estabelecimentos mais parâmetros para a resolução dessa questão. Tratam-se dos Recursos Extraordinários 566.471/RN (tema 6), quanto ao dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo; RE 657.718/MG (tema 500) que gira em torno do dever de fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA; e o RE 855.178/SE (tema 793) que discute sobre a responsabilidade

⁵² LIMA, F. R. *Saúde e Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 147.

solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Os três casos foram analisados pelo STF em sede de Repercussão Geral.

Ao analisar o tema 6, RE 566.471/RN, por maioria (8x1), o plenário do STF negou provimento ao Recurso, entendendo que o Estado como regra não deve ser obrigado a fornecer medicamentos de alto custo requeridos por meio de via judicial, quando não estiverem previstos no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica do SUS. Entretanto, a corte, tendo como condutor o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, fixou algumas condições para o reconhecimento excepcional de um direito subjetivo a prestação de fármaco não regulamentado pelo SUS. O referido caso ainda está em julgamento, uma vez que o Ministro Gilmar Mendes pediu vista dos autos em setembro de 2020, portanto, ainda não há tese firmada.⁵³

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, ao analisar o RE 566.471/RN, elencou três condições para o reconhecimento do dever do Estado em fornecer fármaco de alto custo. Nesse sentido, em seus termos:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Por sua vez, o Ministro Barroso também elencou requisitos para ser reconhecido direito subjetivo do enfermo a obter medicamento, independente do custo, a ser disponibilizado pelo SUS, são eles:

(i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.

⁵³ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, RE 566.471/RN. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em 10.03.2021.

Por fim, para o Ministro Alexandre de Moraes, o fornecimento de medicamentos não regulamentados pelo Estado, independente do alto custo, deve ser uma exceção e a ação precisa ser interposta em face da União. Dessa forma, entende que só poderia implicar um direito subjetivo ao autor quando a situação se enquadrasse também em algumas condições que precisam ser analisadas – mesmo quando se tratar de tutela de urgência - quais sejam:

(a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento.⁵⁴

Portanto, dentre os vários argumentos levantados, a corte reconhece o Estado não é obrigado, via de regra, a fornecer fármaco não constante das listas de dispensação do SUS, a não ser em casos de incapacidade financeira do indivíduo e imprescindibilidade do medicamento. As situações excepcionais, contudo, ainda serão estabelecidas por meio de tese a ser proferida pela Corte e que irá delinear processos análogos.⁵⁵

Por conseguinte, no julgamento do tema 500, RE 657.718/MG, o STF - em 22 de maio de 2019 - estabeleceu a tese de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA, salvo no caso de mora irrazoável na apreciação do pedido, firmando a seguinte tese:

“1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União”⁵⁶

⁵⁴ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, RE 566.471/RN. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em 10.03.2021.

⁵⁵ FERREIRA, V. E.; NETO, H. L.; TEIXEIRA, M. S.; A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Journal of Institutional Studies, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, set./dez. 2020.

⁵⁶BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 657.718/MG. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20657718&base=acordaos&sinonimo>

Por último, através do RE 855.178/SE, o STF, na sessão plenária de 23.05.2019, por maioria, firmou a tese de repercussão geral (tema 793), nos seguintes termos:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.⁵⁷

Esse julgamento reafirmou a jurisprudência do STF no sentido do reconhecimento de uma responsabilidade solidária dos Entes da Federação na prestação de saúde e, portanto, qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente, poderá figurar no polo passivo da demanda. Por outro lado, inovou ao dispor que caberá à autoridade judiciária direcionar o cumprimento da decisão conforme as regras de repartição de competências da administração, além de determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Desse modo, gradualmente, a jurisprudência vai estabelecendo critérios e limites específicos, tendendo a uma maior racionalização, em resposta à crescente judicialização da saúde.

=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 10.03.2021.

⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718-MG**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em 10.03.2021.

3. RECONHECIMENTO DE UM POSSÍVEL DIREITO SUBJETIVO ORIGINÁRIO AO DIREITO À SAÚDE

O Supremo Tribunal Federal tem formado jurisprudência sólida no sentido de competir ao Estado assegurar prestações indispensáveis ao suprimento do mínimo existencial a garantir o direito à saúde. Desse modo, existiria ao cidadão um direito potestativo de exigir judicialmente necessidades básicas vinculadas à dignidade da pessoa humana e, portanto, argumentos quanto o desrespeito à ordem organizacional, questões orçamentárias não teriam o condão de impedir a satisfação desses direitos.⁵⁸

Visto que cabe ao Estado a proteção da vida humana, sustenta Ingo Sarlet (2018) se fazer necessário, em algum grau, o fornecimento de condições mínimas de manutenção da existência do indivíduo. Assim, há um limite à liberdade de conformação do legislador, ou seja, tanto na forma omissiva, quanto na forma comissiva, na elaboração de comandos legislativos, o Poder Legislativo deverá não interferir ou assegurar a prestação do mínimo existencial ao cidadão.⁵⁹

Por outro lado, quanto a prestações que não comprometam necessariamente a existência física do indivíduo, ainda há a necessidade de se discutir qual seria o patamar mínimo a ser postulado do Estado. Nesse caso, suscita-se a proteção da dignidade da pessoa humana, trabalhando como um importante marco definidor de um “padrão mínimo na esfera dos direitos sociais”, permitindo ao indivíduo uma existência humanamente digna. Não se trata, contudo, de se estabelecer um mínimo existencial a todo e qualquer ser humano em todas as áreas, até porque em cada sociedade, de acordo com o recorte de tempo e outras nuances, modifica-se o que será razoavelmente exigível do Estado.⁶⁰

Por certo, a dignidade da pessoa humana foi consagrada como um dos princípios fundamentais da República, estabelecido no art. 1º, III da Constituição de 1988 e, com isso, influencia na exegese de todo o ordenamento jurídico brasileiro, orientando até mesmo as

⁵⁸ SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 333.

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ *Ibidem*

atividades estatais dos três poderes e atividades privadas, colocando-se como piso mínimo de proteção.

Observa-se que o argumento da reserva do possível, em muitos momentos, tem sido usado com o fim de impedir a intervenção judicial e como uma desculpa à omissão estatal no tocante a efetivação de direitos fundamentais sociais. Contudo, é necessário encontrar um equilíbrio entre o que determina a Constituição, como é o caso do art. 196 que vai dizer que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e o que a capacidade financeira desse Estado permite tornar a pretensão real.

Nesse sentido, Sarlet⁶¹(2018) vai afirmar:

Como dá conta a problemática posta pelo “custo dos direitos”, por sua vez, indissociável da assim designada “reserva do possível” (que, consoante já visto, não pode servir como barreira intransponível à realização dos direitos a prestações sociais) a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos efetiváveis e efetivados (...)

Nesse sentido, começa-se a reconhecer um direito subjetivo atrelado à garantia positiva a prestações mínimas, na doutrina de Pós-Guerra, pelo grande doutrinador alemão Otto Bachof, para haver a configuração de uma existência digna. Com isso, já no início da década de 1950, sustenta-se que o princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) necessitaria de também um mínimo de segurança social, não consistindo apenas em garantia da liberdade, uma vez que sem recursos materiais para uma existência digna, estaria sacrificada a própria dignidade da pessoa humana. De igual modo, a consagração do direito à vida e à integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não implicaria apenas direitos de defesa contra a destruição da existência, pelo contrário, iria muito além, abarcando a necessidade de uma postura ativa do Estado com o fim de garantir a vida. ⁶²

⁶¹ SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 371

⁶² SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

Foi em busca dessa existência minimamente digna e humana que foi difundida na Alemanha, e o Tribunal Constitucional Federal Alemão extraiu da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física, mediante a interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social, o direito a um mínimo de existência, a partir do que se determinou um aumento expressivo do valor da ajuda social, valor mínimo que o Estado está obrigado a garantir aos cidadãos carentes. (KRELL, 2002, p. 59)⁶³

3.1. Núcleo essencial dos direitos fundamentais

Sarlet (2018) vai falar sobre um núcleo essencial do direito fundamental que deve ser protegido com o fim de assegurar uma parcela do conteúdo do direito sem a qual este perderia a sua mínima eficácia, assim, deixaria a sua qualidade de direito fundamental. Cabe assegurar que o conteúdo inviolável de um direito fundamental provoca a proteção de condições mínimas indisponíveis à própria intervenção estatal, inclusive podendo ser opostas aos particulares, nesse tocante existe divergência doutrinária relevante. Dessa forma, ainda que o legislador tenha liberdade para editar normas restritivas quanto ao direito de nível fundamental, ele permaneceria limitado a não insuflar no núcleo essencial do direito restringível.⁶⁴

Embora a Constituição Federal, na contramão de outras ordens constitucionais – como as que em especial influenciaram o próprio ordenamento jurídico brasileiro, como o caso da Alemanha, da Grécia, de Portugal e da Espanha – não tenha expressamente garantido um núcleo essencial dos direitos fundamentais, esse conceito tem sido discutido pela doutrina e, inclusive, tem sido utilizado de argumento pelo própria STF⁶⁵ para interpretar as limitações do poder de reforma constitucional enumeradas no art. 60 §4º da CRFB/88.⁶⁶ Subsume-se, desse modo, haver um núcleo intangível essencial ao direito, contudo, não significaria, de acordo com Sarlet

⁶³ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁶⁴ SARLET, I.W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 421

⁶⁵ ADI 2024

“A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”

Disponível em: https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=9778&catid=193&Itemid=294 Acesso em 09.02.2021

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

(2018), que esse núcleo essencial seria equiparável a um limite material ao poder de reforma da Constituição.

Ademais, ainda que haja uma semelhança entre as figuras jurídicas do mínimo existencial e do núcleo essencial dos direitos fundamentais, Sarlet e Figueiredo (2007) vão defender que não se tratam de figuras iguais. A garantia de um núcleo essencial visa resguardar o direito fundamental de restrições que desfigurem o direito, porém isso não significa que esse seria o conteúdo mínimo. Nesse sentido, esses autores irão sustentar que:

a qualificação do conteúdo protegida em face de restrições se dá precipuamente não pelo fato de ser conteúdo mínimo, mas sim, pela circunstância de que está imune à ação do poder público e, portanto, segue à disposição do titular do direito⁶⁷.

Dessa forma, eles defendem que o conteúdo da dignidade da pessoa humana não equivaleria necessariamente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, além do que nem sempre um direito fundamental teria fundamento direto na dignidade da pessoa humana.⁶⁸

De acordo com uma teoria relativa ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a definição do âmbito de proteção desses direitos residiria no que lhes deverá ser protegido *prima facie*, podendo sofrer restrições posteriores, uma vez que não se tratam de direitos absolutos. Dessa forma, há a possibilidade de uma intervenção estatal ao direito fundamental, desde que fundamentada. Para se definir qual é o conteúdo do direito irrestingível ou definitivo, faz-se necessária, em meio a um caso concreto, a aplicação do sopesamento ou aplicação da regra da proporcionalidade aos casos de conflitos de direitos para se definir o que realmente vale. Assim, essa determinação do núcleo do direito é feita por uma análise externa, de acordo com as condições fáticas e jurídicas que se apresentarem.⁶⁹

Contudo, essa teoria não busca legitimar a diminuição do grau de proteção dos direitos fundamentais, mas pelo contrário, defende a necessidade de uma fundamentação constitucional para a eventual restrição desses direitos, defendendo a necessidade de um ônus argumentativo ao legislador, ao administrador ou ao juiz. Portanto, de acordo com Virgílio Afonso, as teorias

⁶⁷ SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 423.

⁶⁸ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁶⁹ SILVA, V. A. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** RDE: revista de direito do estado, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

que vierem a definir limites imanentes aos direitos fundamentais, conteúdos absolutos estão, na verdade, excluindo de antemão a proteção ao direito fundamental, sem a necessidade de conferir ônus argumentativo ao legislador ou aplicador do direito. Com isso, uma medida que permita a quebra do sigilo bancário, por exemplo, sem a necessidade de uma fundamentação constitucional, estar-se-ia excluindo de antemão uma conduta do âmbito de proteção de um direito fundamental, no caso, o direito à privacidade. Nessa toada, oportunamente, Virgílio Afonso esclarece:⁷⁰

O relativismo, portanto, está aqui claramente em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a restrição aos seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas.

Entende-se, portanto, como já ficou assentado, que a proteção aos direitos fundamentais outorgada pela Constituição Federal não os confere uma dimensão de absoluta intangibilidade, sendo vedada, contudo, a abolição do direito. Ainda, é imprescindível a proteção do núcleo essencial do direito e, assim, o limite à eventuais restrições a esses direitos deve ser aferido de acordo com o caso concreto, levando-se em conta as peculiaridades do direito fundamental em questão. Desse modo, não é possível definir em abstrato, para todos os direitos fundamentais, o grau de amplitude de proteção.⁷¹

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu parâmetros que indicassem o núcleo essencial dos direitos fundamentais que pudessem colocar em risco a sua própria fundamentalidade, mas apenas impediu sua eliminação ou tendencial abolição por completo. Válida é a correlação, nesse sentido, com o ordenamento jurídico alemão, no qual, por meio da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, a dignidade da pessoa humana teve seu reconhecimento, causando também o desenvolvimento do tema pela doutrina, na praxis legislativa, administrativa e jurisprudencial⁷². Ainda que os direitos sociais típicos em geral não tenham sido expressamente positivados nessa lei fundamental, em razão da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. I e II, da LF), “o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental à garantia das condições

⁷⁰ SILVA, V. A. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. RDE: revista de direito do estado, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006, p. 49.

⁷¹ SARLET, I.W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018, p. 423., p. 447.

⁷² SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021., p. 8

mínimas para uma existência digna”⁷³. Foi, assim, através da argumentação desenvolvida nas primeiras décadas após a promulgação da Lei Fundamental, que a garantia estatal do mínimo existencial foi chancelada.

Outrossim, de acordo com a doutrina alemã, a garantia ao mínimo existencial integraria o conteúdo essencial do próprio princípio do Estado Social de Direito e, por isso, tratar-se-ia de uma de suas tarefas e obrigações. A doutrina alemã e, principalmente, a jurisprudência passaram a sustentar a impossibilidade de quantificar a dignidade da pessoa humana, uma vez que as prestações assistenciais associadas à garantia de condições mínimas existenciais mudariam de acordo com o passar do tempo, com a sociedade vigente, com o que se espera do Estado, com as necessidades do momento. Não se trata de apenas garantir a existência física, a garantia da dignidade humana deveria ir além da garantia da mera sobrevivência, sendo necessário ser possibilitada a fruição dos direitos fundamentais, o pleno desenvolvimentos da personalidade.⁷⁴

No ordenamento jurídico brasileiro, de igual modo, a conceituação do mínimo existencial que deve ser compreendida como um direito e uma garantia fundamental, precisa estar em sintonia com a compreensão constitucional do que seja o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, ora princípios constitucionais fundamentais. A dignidade da pessoa humana só estaria assegurada, neste sentido, quando todos pudessem desfrutar de uma vida saudável, em termos de condições básicas prestadas pelo estado e pela sociedade. E, novamente, não se trata de reduzir o núcleo essencial do direito a apenas assegurar o mínimo fisiológico, com o fim de prestar condições mínimas que impeçam de colocar em risco a sobrevivência do indivíduo, correndo o risco de se reduzir o mínimo existencial a um mínimo de mera sobrevivência física. Por oportuno, o mínimo existencial abrange o que Sarlet e Figueiredo (2007) vão chamar de mínimo cultural, ou seja, prestações em termos de direitos culturais que sempre estarão incluídas ao mínimo existencial.⁷⁵

Nota-se, portanto, que para a defesa da garantia de um mínimo existencial não precisa de expressa determinação pela Constituição Federal, uma vez que já abarcada na proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. A garantia à existência digna, inclusive, consta do rol de

⁷³ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.,

⁷⁴ Ibidem, p. 10

⁷⁵ Ibidem

princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, art. 170, caput, CRFB/88⁷⁶, princípios este resgatado da própria Constituição de Weimar, de 1919.⁷⁷

3.2. Precificação dos direitos sociais

Há que se abordar, como se sabe, que a prestação de direitos sociais envolve custos ou preços. Em decorrência dos avanços fantásticos na Medicina, surgem novas e caras terapias de cura, técnicas de cirurgias que aumentam a vida dos pacientes, bem como provoca o aumento da própria expectativa de vida. Todavia, essa evolução gera maiores gastos em decorrência dos imensuráveis benefícios da evolução da medicina e é necessário analisar, então, se a sociedade está disposta a custear o ônus financeiro e em que medida.

Uma vez que os recursos são escassos e que por isso não seria possível que todos os direitos fossem realizados uniformemente aos cidadãos, realizar direitos provoca uma escolha alocativa de recursos, na medida em que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não. Dessa forma, a dimensão econômica é um aspecto importante a se tratar, já que para que direitos se tornem realizáveis, serão necessário meios econômicos para torna-los efetivos. Portanto, a dimensão econômica envolve o próprio âmago do direito e não se trata apenas um elemento externo.

Nesse sentido, para se considerar um direito subjetivo a determinada prestação de direito à saúde, há que se refletir inclusive sobre o fator custo do direito, uma vez que os direitos fundamentais só poderão ser efetivados na medida dos recursos financeiros disponíveis. E, assim, pouco importará, na prática, a própria previsão normativa, qual seja a técnica hermenêutica, pois se não houver recurso financeiro para pagar a despesa necessária para suprir determinado direito, não haverá, portanto, um direito subjetivo. Assim, o órgão jurisdicional estará impossibilitado de impor ao poder público o dever de satisfazer as prestações deduzidas pela via judicial. Nesse sentido, para Holmes e Sustain⁷⁸(1999), levar direitos a sério significa

⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

⁷⁷ SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁷⁸ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

então levar a sério a escassez de recursos e nesse cenário surge com significativa relevância o tema da “reserva do possível”.

3.3 Doutrina da reserva do possível

A doutrina da reserva do possível surgiu na Alemanha com o famoso caso de *numerus clausus* de vagas em algumas universidades, julgado pela Corte Constitucional Federal alemã. Com base na Lei Fundamental Alemã em que prevê no seu art. 12 que todos os alemães teriam o direito de escolher uma profissão, emprego e instituição para sua formação profissional, a sociedade alemã recorreu ao judiciário para solucionar a questão de falta de vagas no curso de medicina. Houve um aumento grande de número de candidatos a vagas em universidades de ensino superior e, em muitos casos, não se oferecia vagas suficientes a suprir a demanda. Nesse contexto, o curso de medicina foi especialmente afetado e o governo decidiu limitar o número de vagas com base na meritocracia, os então chamados *numerus clausus*, nos moldes brasileiros, tendo como referência as notas obtidas pelos ingressantes no curso médio.⁷⁹

À vista disso, conforme aborda Menezes, o emblemático caso teve como fulcro central “a igualdade de direitos e oportunidades em face das possibilidades que devem ser oferecidas pelo chamado Estado Social”. A Corte alemã determinou nesse caso que só seria exigível do Estado o atendimento de um interesse ou execução de uma prestação quando observados os limites da razoabilidade. Ainda, estabeleceu que os direitos sociais estariam sujeitos a uma reserva do possível, ou seja, estariam limitados àquilo que fosse razoável o indivíduo esperar da sociedade. Com isso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que não haveria uma pretensão ajuizável para criação de vagas e que o Poder Público não poderia ser compelido a disponibilizar um número ilimitado de vagas que pudessem acolher a todos que se interessassem em ingressar na universidade pública, inaugurando, assim, a doutrina da reserva do possível.⁸⁰

Observa-se que o sentido atribuído à reserva do possível no caso alemão não se restringe apenas à perspectiva da escassez financeira. Em primeiro aspecto, essa teoria sustenta o que seria razoável ao indivíduo exigir da coletividade. Dessa forma, não se trata diretamente de uma limitação financeira para o atendimento à prestação de direitos sociais, mas das obrigações que

⁷⁹ MENEZES, V. H. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 202.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 203.

a coletividade estaria disposta a custear em relação ao indivíduo, excluindo-se as pretensões não justificáveis ou desarrazoadas. Em outro viés, a decisão criadora da teoria da reserva do possível também permite extrair a quem caberia determinar o que um indivíduo poderia esperar da coletividade, em seus termos, entende que em primeira linha caberia ao poder legislativo essa responsabilidade.⁸¹

Desse modo, de acordo com a teoria da reserva do possível, não seria razoável exigir da sociedade uma prestação que o próprio indivíduo pudesse custear, mesmo que o Estado tivesse recurso para subsidiar essa prestação e tivesse poder de disposição. Além disso, o que seria de fato razoável exigir da sociedade dependeria de um juízo de ponderação por parte do próprio legislador. Nesse viés, muitos autores brasileiros alegam que não caberia aos juízes fazer um controle judicial da prestação de direitos sociais no caso concreto, uma vez que tal decisão tem relevância orçamentária, sendo matéria de interesse público e de competência do Poder Legislativo e Executivo.

Com efeito, Sarlet e Figueiredo⁸² (2007) exprimem:

há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

No Brasil, a teoria da reserva do possível se espalhou por todas as áreas e não apenas se relacionou com a educação e, diferente da Alemanha, Menezes acredita que essa doutrina tenha sido assimilada em um sentido mais associado à sujeição da implementação dos direitos sociais à condição de disponibilidade de recursos orçamentários.⁸³ Portanto, sustenta-se que essa teoria

⁸¹ MENEZES, V. H. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 209

⁸² SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁸³ MENEZES, op. cit., p. 210.

esteja sendo aplicada como uma “teoria da reserva financeiramente possível”,⁸⁴ adotando-se, nesse sentido, um discurso mais empobrecido.

À vista disso, enquanto na Alemanha tal teoria centrou-se na razoabilidade da prestação exigida ao Estado, no Brasil, o enfoque consiste na preservação do equilíbrio orçamentário diante da concretização da prestação requerida. Assim, nos tribunais brasileiros, a reserva do possível foi desenvolvida nos contornos da limitação dos recursos públicos em relação a concretização de direitos, consolidando apenas a sua dimensão fática.⁸⁵

Essa doutrina tem sido suscitada pelo Estado como argumento com fim de limitar a concretização de direitos sociais, prejudicando a sua efetividade. Todavia, não basta ao poder público alegar genericamente ao juízo estar submetido à reserva do possível, para que tal argumento seja aceito pelo judiciário, é necessária a comprovação da escassez de recursos de forma objetiva, uma vez que o compete o ônus da prova. O Supremo Tribunal Federal, por oportuno, na decisão da ADPF 45/DF⁸⁶ entendeu que a reserva do possível não teria o condão de exonerar o Estado dos deveres constitucionais a ele incumbido.

O argumento da reserva do possível, em suma, deve ser levado em consideração para restringir pedidos que fujam do que seria razoável exigir que a sociedade venha a suportar, mas não como limitador da efetivação dos direitos sociais. O Estado não deve esconder-se atrás da reserva do possível para deixar de concretizar promessas existentes na própria Constituição Federal, justificando a sua omissão estatal. O texto constitucional submeteu a Administração Pública ao princípio da eficiência⁸⁷ e isso implica a necessidade de empregar os recursos públicos de modo eficiente a fim de suprir o maior número de necessidades pessoais, o que vai de encontro ao desperdício, ineficiência e precariedade dos serviços fundamentais prestados no Brasil.⁸⁸

⁸⁴ Expressão trazida por MÂNICA em: MÂNICA, F. B. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais e prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar./abr./maio 2007

⁸⁵ LIMA VAZ, C. A. Aplicação Limitada da Reserva do Possível. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/301>. Acesso em 19 fev. 2021.

⁸⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, ADPF nº 45/DF. Rel. Min. Celso De Mello, j. 29/04/2004. DJ 04/05/2004.

Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 19 fev. 2021

⁸⁷ Vide art. 37, caput, da CRFB/88, atualizado pela Emenda n. 19/98.

⁸⁸ VAZ, op. cit.

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADORES DE DIREITOS SOCIAIS

O direito brasileiro ainda é muito focado em resolver disputas individuais e influenciado por uma ótica liberal-individualista-normativa de produção do direito. Lênio Streck vai sustentar que com surgimento do Estado Democrático de Direito haveria, ou ao menos deveria haver, um sensível deslocamento do centro de decisões constitucionais do Poder Legislativo e Executivo para o Judiciário. O Estado Democrático configuraria uma realização constitucional do Estado Social com a consolidação normativa de direitos coletivos, transindividuais. Nesse viés, diante da histórica inércia do Poder Executivo – responsável por criar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia – bem como do Poder Legislativo, o foco central na concretização dos direitos de segunda e terceira geração se volta para o Judiciário, através das ações constitucionais coletivas ou individuais. Dessa forma, tendo em vista o déficit no cumprimento das políticas públicas, o “Judiciário surge como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.⁸⁹

Em muitas situações que envolvam os direitos sociais, como a prestação do direito à saúde, o fornecimento de medicamentos abre margem para atuação do controle judicial em cima dos atos administrativos. Em razão da falha na prestação de serviços públicos, o judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre esses atos, como um garantidor dos direitos fundamentais. O ativismo judicial, contudo, recebe muitas críticas em razão dessa interferência, essas críticas passam por vários pontos que serão citados brevemente a seguir, sem o fim de fazer um juízo de valor.

Uma primeira grande crítica ao ativismo judicial aborda a forma como os direitos sociais foram estabelecidos na Constituição, em razão de sua natureza programática, com eficácia limitada, dependendo, portanto, de uma prévia mediação legislativa para sua eficácia imediata, conforme já abordado.

Por conseguinte, uma segunda crítica envolve o próprio desenho institucional. Alega-se que:

⁸⁹ STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37-39.

Atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional. Há diversas possibilidades de desenho institucional nesse domínio. Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988.⁹⁰

A terceira grande crítica impugna a legitimidade democrática do Poder Judiciário. Recorrentemente, alega-se que o controle judicial de políticas públicas consiste em retirar dos poderes legitimados pelo povo a decisão de como aplicar os recursos públicos, em detrimento do poder judiciário. Com base nessa crítica,

Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos.⁹¹

Outra importante e frequente crítica é que já foi elucidada no decorrer desse trabalho é a questão da reserva do possível. Uma vez que os recursos públicos são escassos para atender todas as demandas sociais, fazendo-se necessária uma escolha alocativa, e cabe ao Estado tomadas de decisões difíceis.

Também tem sido recentemente levantado que as decisões judiciais a respeito de prestação de medicamentos provocam um desarranjo na organização da Administração Pública. A interferência do judiciário, nesse sentido, acarreta uma interferência na capacidade de planejamento da Administração Pública, comprometendo a sua eficiência no atendimento à população.⁹²

⁹⁰ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Rio de Janeiro: E-Gov, 2007. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>. Acesso em 17 fev. 2021

⁹¹ Ibidem

⁹² Ibidem

Questiona-se, ainda, que as prestações sociais individuais, concedidas por intermédio do poder judiciário, possuem menos eficácia do que uma gestão eficiente dos recursos públicos investidos em uma política social. Nesse sentido,

No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável.⁹³

Alega-se também que o ativismo judicial corrobora para um processo de desigualdade econômica social, uma vez que sua interferência provocaria um desvio de recursos públicos previamente destinados a programas institucionalizados, para então dar cumprimento a decisões judiciais em benefício de algumas pessoas que acessam ao Judiciário, representados, em grande medida, pela à classe média. ⁹⁴

Por fim, a capacidade técnica do judiciário também é criticada, pois alega-se que este não possuiria conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. Nesse sentido, a Administração Pública estaria mais capacitada nesse tipo de gestão. ⁹⁵

O princípio da legalidade é o princípio basilar do Estado de Direito e corolário da separação de poderes, pelo qual submete a Administração à lei. Nesse sentido, toda atividade da Administração Pública deve ser autorizada por lei, só sendo legítima a atividade do administrador que estiver condizente com a legislação pátria⁹⁶. No estado moderno, como atividade principal, cabe ao poder legislativo criar leis, e aos poderes executivo e judiciário, executá-las. Tendo em vista que a lei decorre de um processo legislativo que vai exprimir a vontade da comunidade, as normas produzidas pela Administração Pública devem se submeter à atividade legislativa, sob pena do Estado estar acima do próprio direito. ⁹⁷

⁹³ BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Rio de Janeiro: E-Gov, 2007. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/da-falta-de-efetividade-%C3%A0-judicializa%C3%A7%C3%A3o-excessiva-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-fornecimento-gratuito-de>. Acesso em 17 fev. 2021

⁹⁴ Ibidem

⁹⁵ Ibidem

⁹⁶ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 20.

⁹⁷ SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 23.

É atribuída à Administração Pública, no Estado de Direito, executar o programa previsto na legislação, contudo, como o comando legal é geral e abstrato, a lei não será capaz de traçar rigidamente ou prever todas as condutas do agente administrativo, a própria lei então estabelecerá uma margem para o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que deverá praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Trata-se, portanto, do poder discricionário e cabe ao Poder Judiciário sindicalizar os aspectos de legalidade do ato administrativo.

De acordo com Carvalho Filho, não compete ao Judiciário analisar critérios da conveniência e oportunidade do ato jurídico que inspiraram a conduta do administrador, ou colocar-se em uma posição de substituir-lhe. Nesse sentido, vai alegar que a moderna doutrina “deve rechaçar-se o “ativismo judicial” disfarçado em “constitucionalismo da efetividade”, fincando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição”, não devendo, para isso, interferir nas competências constitucionais de outros poderes.⁹⁸

Cabe pontuar que o poder discricionário importa em um voto de confiança do Direito à Administração Pública em razão de uma necessidade pragmática. O Poder Executivo conta, em sua maioria, com agentes públicos que tiveram o seu ingresso por concurso público, logo não são representantes eleitos pela população. Portanto, o exercício do poder discricionário não está vinculado a uma legitimidade democrática dos agentes administrativos do Poder Executivo, mas se apresenta como uma exigência prática e organizacional. Considera-se, desse modo, nesse contexto de discricionariedade, o agente público como o mais apto a tomar a decisão em questão diante do caso concreto, dentro dos limites fixados por lei.⁹⁹

O grau de confiança na aptidão decisória da Administração Pública, conforme vai defender Fábio Souza, vai justificar a autorização e a fixação dos limites da atuação judicial. Nesse sentido, quanto maior for a confiança no gestor público, menos espaço haverá para a judicialização. Por outro lado, quando a confiança no judiciário for maior, maior também será o controle judicial.¹⁰⁰

⁹⁸ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 55.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 59

¹⁰⁰ SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 102.

A decisão discricionária pode ser controlada por meio de “duas exigências: i. a decisão deve ser tomada dentro das margens fixadas pelo Direito; e ii. A decisão deve ser a mais adequada à satisfação da finalidade pública.” Quanto ao primeiro aspecto, sempre caberá análise judiciária, pois se trata de exame da própria legalidade do ato, não cabe ao administrador atuar em campo não autorizado pelo ordenamento jurídico. No tocante ao segundo aspecto, o gestor tem maior liberdade para decidir e com isso, como suscitado no parágrafo anterior, quanto maior for a confiança na Administração Pública em comparação com o Judiciário, menor será a abrangência do controle judicial. De igual modo, quanto maior for a confiança na atuação da administração, maior será a sindicabilidade judicial.¹⁰¹

Nesse viés, Fábio Souza vai sustentar que a judicialização excessiva é justificada, em certa medida, pela desconfiança nas instâncias políticas, trata-se, portanto, esse fenômeno de uma forma de controlar o Estado. Nesse sentido, a desconfiança de uma mácula na Administração Pública por interesses privados, corporativistas ou até clientelistas implica um desejo maior de controle das decisões do Estado. Desse modo, para solucionar a questão da judicialização excessiva, será necessário tocar em aspectos relativos a qualificação e a estruturação das próprias autoridades administrativas.¹⁰²

Destarte, sustenta-se haver quatro fatores primordiais que influenciam na questão da confiança na aptidão eletiva da Administração Pública, quais sejam, capacidade institucional; corrupção; participação e controle social; e interferência em direito fundamental.¹⁰³

Entende-se a capacidade institucional como a aptidão do Judiciário ou da Administração Pública em oferecer uma decisão melhor. À vista disso, a capacidade eletiva do Judiciário não deve ser analisada individualmente, mas em comparação com a da Administração Pública. Constatando o juiz que as suas condições para decidir forem menores do que a da Administração, de acordo com essa teoria, indica-se uma preferência pela manutenção da decisão questionada do gestor. Geralmente, a Administração Pública tem uma aptidão maior para decidir em razão do seu grau de competência técnica e obtenção de informações

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

¹⁰² SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 98.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 109.

estratégicas. Assim, a possível inferioridade da capacidade institucional do poder judiciário acaba provocando uma maior deferência à decisão administrativa.¹⁰⁴

Em segundo aspecto, está a corrupção sistêmica, conceito relacionado à probidade dos gestores públicos. A corrupção, nesse sentido, reduz o grau de confiança na decisão da autoridade. Entretanto, como sabido, vive-se um quadro de corrupção sistêmica no cenário brasileiro, mas deve-se analisar o índice de corrupção sistêmica do órgão com a decisão a ser sindicada. Essa deficiência não é uma exclusividade do Estado brasileiro, apresentando-se em diferentes níveis em diversos países. É possível, todavia, desestimular os desvios ao se cuidar de elementos estruturais que facilitam a corrupção, como a questão do custo-benefício das práticas corruptas.¹⁰⁵

O índice de participação e controle sociais consiste da possibilidade de participação social com repercussão jurídica, podendo ser classificado em: controle e participação sociais formais ou controle e participação social informais. Conselhos ou fóruns constituídos oficialmente com o fim de opinar ou deliberar sobre o conteúdo de uma decisão a ser tomada pela Administração Pública exemplificam os meios formais de conselho e participação social. Já as manifestações populares, movimentos sociais podem exemplificar o meio informal e não oficial do controle e participação social. Por oportuno, em sentido comparativo da avaliação de confiança das instituições, a participação da sociedade por meio realização de audiências públicas e admissão de *amicus curie*, por outro viés, também configuram um aumento do nível de confiança na atuação judicial, aumentando a sindicabilidade jurídica.¹⁰⁶

Por fim, o índice de interferência da decisão em direitos fundamentais é influenciado pela importância dada aos princípios constitucionais que possuem peso maior que o próprio princípio da separação dos poderes. Com isso, uma eventual ofensa a um direito fundamental permite que o judiciário venha a intervir, pois a Administração Pública teria ferido a margem de decisão. Porém, isso não significa que a discricionariedade estaria reduzida a zero, mas em razão da importância dos direitos fundamentais e a possibilidade de conformações e graus variados de proteção, implicará um controle mais rigoroso.¹⁰⁷

¹⁰⁴ SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 102-113.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 116-117.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 121

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 124-133.

Com efeito, aferir abstratamente o grau de interferência em um direito fundamental possui relação com a própria ideia da reserva do possível, já discutida anterior neste trabalho. Por mais que seja importante a consideração genérica e abstrata da capacidade de decisão sobre o direito fundamental, será insuficiente, sendo necessária se consubstanciar as circunstâncias decisórias específicas e concretas que podem influenciar no grau de confiança da decisão. Em suma, quanto maior for a afetação ao direito fundamental, geralmente maior será a confiança na capacidade jurídica de decisão e menor na gestão administrativa. ¹⁰⁸

Será útil à análise da qualidade da decisão administrativa a própria justificativa da decisão. Não basta que a Administração Pública possua maior capacidade de proferir a decisão mais adequada, é necessário que o gestor informe não apenas a motivação dos atos, como também a forma como ponderou os interesses em jogo. Esse trabalho de publicização influenciará no grau de confiabilidade da instituição em razão da justificação adequada. ¹⁰⁹

Em síntese, Fábio Souza, ao analisar todos esses aspectos que influenciam no grau de confiança da capacidade institucional para tomar a decisão adequada ao caso concreto, entende que definir quem tem a maior aptidão decisória precisa passar por todas essas influências. Portanto, sustenta não ser adequado apenas construir uma argumentação crítica ao fenômeno da judicialização com base no déficit democrático ou na reduzida capacidade institucional do Judiciário. Conquanto tais argumentos sejam relevantes, é necessário se fazer uma comparação entre a Administração Pública e o Judiciário em referência a esses aspectos de aptidão, a fim de se determinar quem possuirá maior grau de confiança e, portanto, em quem recairá a responsabilidade final pela definição sobre a oferta de uma prestação no direito à saúde. ¹¹⁰

Nesse sentido, conforme discutido, a decisão administrativa deve ser alterada pelo controle judicial quando no caso concreto, e não *prima facie*, mostrar-se uma ruptura à confiança abstratamente depositada em decorrência da competência executiva, ressaltando-se a maior aptidão decisória pontual do Judiciário. Isso, portanto, autoriza a sindicalização da margem discricionária do ato administrativo, controlando-se a qualidade da decisão

¹⁰⁸ SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 124-133.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 144.

¹¹⁰ Ibidem, p. 145.

administrativa. Desse modo, a confiança na gestão administrativa implicará uma maior ou menor interferência do Judiciário. ¹¹¹

¹¹¹ SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 145.

CONCLUSÃO

Considerando todo o exposto, parece ser possível compreender a complexidade da efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988. Conquanto a consagração desses direitos tenha representado uma grande evolução à sociedade brasileira, ainda há muitos desafios a serem enfrentados, pois se trata de uma decisão que envolve muitas condicionantes para a eficaz garantia no plano fático dos direitos fundamentais e em especial, do direito à saúde, de modo satisfatório.

A criação de leis que deem diretrizes à criação de políticas públicas, o desenho institucional e a Administração Pública possuem papel fundamental na concretização dos direitos garantidos pela Constituição Federal. Entretanto, outra figura importante – o poder judiciário - apresenta relevância na efetivação dos direitos fundamentais, em meios às dificuldades de concretização desses direitos. Nesse passo, ainda que o ativismo judicial seja visto com bastante reservas e críticas, o aumento da judicialização da saúde, dentre diversos fatores - como a facilitação do acesso à justiça - é uma resposta à falta de confiança da gestão pública e à precarização da prestação de serviços de saúde.

Desse modo, o ativismo judicial não pode ser lido como o causador da problemática da concretização das políticas públicas e sim como uma consequência da dificuldade em se usufruir das garantias constitucionais. À medida que o Estado se tornar um maior detentor de confiança e possibilitar a prestação de serviços públicos de forma mais satisfatória, o controle judicial perderá espaço.

Constata-se, também, que o Poder Judiciário tem tratado as prestações requeridas envolvendo o direito à saúde, gradualmente, com mais reservas. Conforme foi exposto, a jurisprudência brasileira tem passado por, no mínimo, três fases que revelam a forma como os direitos fundamentais são encarados. O STJ e o STF atravessaram dois extremos entre encarar as políticas públicas sanitárias como totalmente submetidas a um juízo discricionário da Administração Pública e, portanto, não podendo sofrer interferência do controle judicial, a uma posição de extrema deferência às prestações pleiteadas, sob a ótica de se resguardar a dignidade da pessoa humana.

Contudo, hoje observa-se um maior equilíbrio na jurisprudência dessas cortes, tendendo-se a uma racionalização. Nesse sentido, estão sendo criados parâmetros para cuidar dos casos concretos, respeitando, em certa medida, a gestão administrativa, sem, todavia, desprezar os direitos fundamentais do cidadão, como se percebe que o judiciário se mantém deferente ao conceder tutelas jurisdicionais especiais em situações específicas e graves.

REFERÊNCIAS

BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 87-111, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BARCELLOS, A. P. **Eficácia das normas constitucionais**. Edição 1. Tomo direito administrativo e Constitucional, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/135/edicao-1/eficacia-das-normas-constitucionais#:~:text=Efic%C3%A1cia%20jur%C3%ADdica%20%C3%A9%20um%20atributo,fundamento%20em%20cada%20um%20deles>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em 19 fev. 2021.

BRANCO, P. G.; MENDES, G. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em 19 fev. 2021

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 19 fev. 2021

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 19 fev. 2021.

_____. **Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 19 fev. 2021.

_____. **Superior Tribunal Federal**, RE nº 195.192/RS. Segunda Turma. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/02/2000 DJ 31/03/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>. Acesso em 15.10.2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, MS nº 111.183/PR. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado, DJ 04/09/2000. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8185068/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-11183-pr-1999-0083884-0>. Acesso em 19 fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, RE nº 271.286. Segunda Turma. Rel. Min. Celso De Mello, j. 123/09/2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 19 fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, RE 566.471/RN. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>. Acesso em 10.03.2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 657.718/MG. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20657718&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 10.03.2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 657.718-MG. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em 10.03.2021.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**, MS nº 8895/DF. Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon, j. 23/10/2003. DJ 07/06/2004. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0/inteiro-teor-19603997>. Acesso em 19 fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, SS nº 3073. Rel. Min. Presidente Ellen Gracie, j. 09/02/2007, DJ 14/02/2007. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139958/suspensao-de-seguranca-ss-3073-rn-stf>. Acesso em 19 fev. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, ADPF nº 45/DF. Rel. Min. Celso De Mello, j. 29/04/2004. DJ 04/05/2004. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em 19 fev. 2021.

CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e teoria da constituição** – 7ª ed., (11.ª Reimpressão). Edições Almedina.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

DUARTE, L. G. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: Um Contributo para a Dogmática do Direito à Saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, G. F. **Curso de direito da seguridade social**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

LIMA, F. R. **Saúde e Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

LIMA VAZ, C. A. Aplicação Limitada da Reserva do Possível. **Libertas: Revista de Pesquisa em Direito**, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/301>. Acesso em 19 fev. 2021.

MÂNICA, F. B. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais e prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar./abr./maio 2007.

MARINORI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I.W. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MENEZES, V. H. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RAMOS, J. M. A judicialização do direito à saúde e a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores. *In: Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ*. v. 11, n. 2. 2º Semestre, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/v11n22019_sumario.html. Acesso em 19 fev. 2021.

SANTANA, I. J. **O poder judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213, 25 mar. 2007.: Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 19 fev. 2021.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Livraria do Advogado Editora Ltda., 2018.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: MALHEIROS EDITORES LTDA, 2012.

SILVA, V. A. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. RDE: revista de direito do estado, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 23-51, 2006.

SOUZA, F. **Quem deve decidir?** confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO. D. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.