

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO – UFPE

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE – FDR

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ



LEILA DE MELO DINIZ

**A DIMENSÃO ECONÔMICA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A
COLISÃO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Análise da intervenção do Poder Judiciário na concessão de tratamentos de saúde
não regulamentados

RECIFE

2019

LEILA DE MELO DINIZ

**A DIMENSÃO ECONÔMICA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A
COLISÃO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Análise da intervenção do Poder Judiciário na concessão de tratamentos de saúde
não regulamentados

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Pernambuco como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador (a): Professor Doutor Eric
Castro e Silva

RECIFE

2019

LEILA DE MELO DINIZ

**A DIMENSÃO ECONÔMICA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A
COLISÃO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Análise da intervenção do Poder Judiciário na concessão de tratamentos de saúde
não regulamentados

Monografia apresentada como Trabalho de
Conclusão do Curso de Direito da Universidade
Federal de Pernambuco como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Recife, ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof.(a) Dr.(a)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

AGRADECIMENTOS

Com o término deste trabalho chega ao fim um importante ciclo na minha vida. A trajetória no curso de Direito foi longa e nem sempre foi fácil, mas eu nunca estive só! Inicia a hora, então, de agradecer e homenagear, mesmo que através destas insuficientes palavras, aqueles que contribuíram para que eu chegasse aqui. Todo o apoio que recebi, nestas breves linhas, será para sempre reconhecido.

Primeiramente, agradeço a Deus, por ter me dado forças para continuar sempre que as coisas ficaram difíceis. Ele trouxe luz nos momentos de escuridão e para Ele dedico todas as minhas vitórias!

À minha família, por acreditarem em mim e me motivarem a ser minha melhor versão todos os dias! Agradeço pelo constante incentivo e pelos exemplos que sempre me guiarão! Ao meu pai, Paulo Diniz, que sempre me mostrou a importância de estudar e me incentivou, nunca permitindo que eu fosse menos do que eu poderia ser. Aos meus tios: Albérgio Melo por vibrar com minhas conquistas e fazer questão de prestigiar cada uma delas e Alexandre Mello, por enxergar potencial em mim desde que eu era pequena. Ao meu irmão, Vítor Diniz, que, mesmo reclamando, contribuiu com minhas pesquisas para fazer esta monografia! Obrigada por ser meu companheiro da vida! E obrigada especialmente à minha mãe, Ana Melo, que sempre moveu o mundo por mim e sempre foi o maior exemplo de força que eu poderia ter. Se hoje eu sou a mulher que sou, foi porque você me inspirou todos os dias.

Aos meus amigos que me acompanharam durante minha jornada. Obrigada por serem meu porto seguro, participando do meu crescimento pessoal e enxugando minhas lágrimas nos momentos em que precisei! Aos amigos da vida, obrigada por crescermos juntos. Aos que tive o prazer de conhecer na Faculdade de Direito do Recife, obrigada por caminharem ao meu lado, mesmo que, em determinado ponto da trajetória, tenham decidido seguir em outra direção! Aos que deixaram a faculdade, obrigada por me mostrarem a importância de ter coragem para seguir nossos sonhos! André, Luiza e Matheus: Vocês são uma inspiração e um lembrete de que nunca podemos nos acomodar em qualquer lugar onde nosso coração não estiver! Aos que permaneceram na faculdade, obrigada por sobreviverem ao curso comigo. Vocês são a razão para que eu nunca tenha desistido.

Um agradecimento especial à Alice Melo, pela amizade de longas datas e por compartilhar comigo os melhores e piores momentos! Obrigada por sempre cuidar de mim e por permanecer na minha vida! À Érica Lima e à Theresa Coutinho, por toda ajuda ao longo do curso, dentro e fora da faculdade! Vocês são verdadeiros presentes e é um privilégio poder compartilhar essa jornada com vocês! E à Karina Miranda, que está comigo em todos os momentos! Sei que nunca vou precisar estar sozinha, porque tu sempre vai estar lá! Juntas, conseguimos passar por tudo e juntas seguiremos! Obrigada pelo apoio incondicional, pelos conselhos e pela parceria de sempre!

Ao escritório onde iniciei minha jornada profissional e permaneço até hoje. Obrigada por serem os responsáveis por eu finalmente saber responder àquela pergunta que nos fazem quando somos crianças: o que você quer ser quando crescer? Graças a vocês, hoje eu tenho certeza da minha resposta! Sei o que eu quero ser e, mais importante ainda, onde quero estar.

A MPB: vocês estarão eternizados em mim! Todos os dias ali me renderam valiosas lições e o convívio com pessoas tão incríveis me renderam grandes amizades! Cada um dos que fizeram parte do escritório tiveram um papel fundamental na minha formação e, por isso e tudo o mais que representam para mim, têm a minha mais sincera gratidão!

A Paurá Advocacia: obrigada pela rotina vivenciada e pelos momentos de aprendizado! Agradecimentos especiais a toda equipe de que faço parte, que me mostraram o que significa verdadeiramente trabalhar em conjunto. Aprendo muito com todos os grandes profissionais que fazem parte desse time! Agradeço à Marina Ferreira e Mariana Anídia por todas as lições compartilhadas, principalmente sobre a vida! Mas, sobretudo, os agradecimentos vão aos meus chefes! A Eduardo Paurá, por ser um líder tão presente e dedicado! A Thiago Assunção, por ser um exemplo de profissional, sempre me motivando a dar o meu melhor desde o primeiro dia! E a Victor Soares, por ter sido e ser até hoje o melhor professor de direito que já tive! Obrigada pelas lições, pelos debates, pelas revisões (inclusive na monografia), pela confiança e pela amizade. Enfim, obrigada por tanto, especialmente por ter me feito a profissional que me tornei e por me inspirar todos os dias!

Por fim, a todas as outras pessoas que estiveram ao meu lado durante essa jornada que está se encerrando! Cada um de vocês contribuiu para que eu esteja

onde estou! Todas as palavras de incentivo, todos os conselhos e todo amor que vocês me deram e me dão são muito mais do que eu poderia pedir e me permitiram superar todos os obstáculos! Minha vitória é de vocês também e a vocês dedico todo meu amor e gratidão!

Devo muito a todos! Obrigada por terem feito meu caminho mais fácil para que eu pudesse chegar mais longe!

RESUMO

O presente trabalho se destina a analisar uma das maiores problemáticas enfrentadas no âmbito da concretização dos direitos sociais, que é a escassez de recursos para a implementação de tais direitos, voltando sua atenção especificamente para o direito à saúde. Assim, discute a garantia constitucional à saúde frente a limitação financeira do Estado, refletindo sobre os impactos das decisões judiciais que condenam o ente Público a arcar com tratamentos de saúde não regulamentados, tendo em vista que tal intervenção do Poder Judiciário desestabiliza as prioridades eleitas pelos gestores, atendendo demandas individuais em detrimento da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Políticas Públicas e Alocação de recursos. Concessão de tratamentos não regulamentados. Escassez. Judicialização da Saúde. Administração Pública e ativismo judicial. Intervenção do Poder Judiciário.

ABSTRACT

The following work aims to analyze one of the greatest issues faced in the scope of crystallization of social rights, which is the scarcity of resources for the implementation of such rights, focusing specifically on the right to health. Thus, it discusses the constitutional guarantee of health against the State's financial limitation, reflecting on the impacts of judicial decisions that condemn the Public entity to bear unregulated health treatments, considering that such intervention by the Judiciary Branch destabilizes the priorities elected by the public administrators, meeting individual demands to the detriment of the collective.

KEY-WORDS: Right to health. Public Policy and Resource Allocation. Granting of unregulated treatments. Scarcity. Judicialization of Health. Public Administration and judicial activism. Intervention of the Judiciary Branch.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	5
1.1. A responsabilidade do Estado no tocante ao fornecimento de tratamentos médicos frente ao direito à saúde	11
2. SAÚDE: UM DOS DIREITOS MAIS DISPENDIOSOS	15
2.1. Alocação de recursos: as escolhas (trágicas) do Administrador e a Reserva do Possível	19
3. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	25
3.1. A problemática em torno da Judicialização da Saúde: o individual <i>versus</i> o coletivo	27
3.2. Critérios que devem ser observados pelo Poder Judiciário no âmbito da atuação no direito à saúde	31
4. A COBERTURA PELO ESTADO DOS TRATAMENTOS DE SAÚDE NÃO REGULAMENTADOS	36
4.1. A ponderação de princípios no contexto das demandas pleiteando tratamentos de saúde não regulamentados	41
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Como é cediço, vive-se em um país de desigualdades, no qual a efetivação dos direitos fundamentais, muito embora seja uma finalidade perseguida, esbarra no desafio da limitação dos recursos financeiros, que não são suficientes para atender a todas as demandas da população. É que, não existem direitos sem custos para sua efetivação e tais custos, invariavelmente, são suportados por toda a sociedade¹.

Assim, o grande dilema econômico, pautado na limitação dos recursos frente às necessidades humanas ilimitadas, permeia todas as esferas da vida social, evidentemente atingindo também o direito, tendo em vista que as sociedades têm de optar pela melhor canalização dos recursos para as diversas searas de interesses e necessidades.

Especificamente no tocante ao planejamento e desenvolvimento das políticas públicas, a escassez deve ser elemento norteador, guiando os agentes políticos ao longo de todo o processo de administração de tais recursos. Neste cenário, no qual o orçamento do Estado é limitado, cabe ao Administrador Público realizar escolhas para decidir onde melhor alocar os recursos, pautado sempre pelo princípio da eficiência e primando pelo interesse público, sem perder de vista os objetivos elencados pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, muitas vezes o Estado permanece omissos ou é ineficiente ao realizar esta tarefa. Nessas situações, o Poder Judiciário, através do controle jurisdicional casuístico e concreto, é provocado a decidir sobre as formas de efetivação dos direitos fundamentais.

No caso específico do direito fundamental à saúde, por se tratar de um dos direitos mais dispendiosos, a atuação do Judiciário tem se tornado cada vez mais frequente, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas”, divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)² em março de 2019, que demonstra que as demandas judiciais relativas à saúde

¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York, Norton, 2000, p. 15.

² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo – Justiça e Pesquisa. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019, p. 13.

cresceram 130% (cento e trinta por cento) em um período de dez anos (entre 2008 e 2017).

E isso é explicado pelo fato de que, em um contexto de crise das finanças públicas, muitas vezes as políticas nacionais se apresentam insuficientes para tutelar e concretizar o direito à saúde, o que gera a tendência de buscar, no Judiciário, meios para a efetivação e preservação desse direito, fenômeno que se tornou conhecido como “Judicialização da Saúde”.

Tal fenômeno ocorre porque, segundo a Constituição Federal, o Estado tem a responsabilidade de promover o acesso à saúde para todos, o que pode ser depreendido da leitura do art. 196 da Carta Magna³, que determina, ainda, que o direito à saúde será garantido através de políticas sociais e econômicas.

Dessa maneira, quando os entes públicos falham na concretização deste direito, violando, em tese, o dever inculcado no art. 196 supramencionado, a população recorre à justiça, ficando a cargo do Judiciário dirimir as questões, se imiscuindo no papel do Administrador Público ao decidir como se dará a alocação dos recursos, na medida em que o Poder Judiciário não tem competência para criar novas fontes de arrecadação destinadas a custear os impactos econômicos das decisões que proferir, apenas redistribuindo valores que já tinham outras destinações estabelecidas pelo Poder Legislativo e cumpridas pelo Poder Executivo⁴.

A problemática ganha ainda mais relevância nos casos em que as doenças não foram regulamentadas, cujos tratamentos não integram a lista do Sistema Único de Saúde – SUS, visto que há uma explosão de demandas propostas com a finalidade de obrigar o Estado a custear os tratamentos de saúde de tais doenças. Esses, naturalmente, são os casos com maiores índices de negativas por parte do Poder Público. Isso porque, em geral, os medicamentos e procedimentos necessários são de alto custo ou sequer foram aprovados pela ANVISA, impossibilitando o fornecimento gratuito dos mesmos para a população, justamente por conta da limitação orçamentária.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 de agosto de 2019.

⁴ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 29.

Nesses casos, ao conceder um determinado tratamento, que não estava previsto originalmente no rol de medicamentos e tratamentos de fornecimento obrigatório, o Judiciário pode comprometer as atribuições do Administrador Público, o que tem grande potencial de gerar prejuízos a toda sociedade.

Ao redirecionar recursos que já tinham uma destinação específica, o Poder Judiciário desestabiliza as prioridades eleitas pelo Legislativo, de modo que a concessão de tratamentos com custos elevados desvia o orçamento que deveria ser empregado na concretização das políticas públicas para atender as necessidades de apenas um indivíduo, privilegiando o individual em detrimento de toda a coletividade.

O debate, então, ocorre em torno do conflito que parece existir entre os princípios da integralidade e da reserva do possível. Isso porque, enquanto pelo princípio da integralidade todos os riscos sociais devem ser amparados pelo Estado, pelo princípio da reserva do possível⁵ os direitos sociais devem ser limitados de acordo com a capacidade financeira do Estado, na medida em que vão ser financiados pelos cofres públicos.

Caberia ao magistrado, portanto, ponderar entre tais princípios, verificando, no caso concreto, qual deles deverá prevalecer, tendo sempre em mente que, em que pese o direito à saúde seja constitucionalmente garantido, o orçamento estatal não é ilimitado e conceder certos tratamentos pode trazer sérios prejuízos ao erário, o que gera uma verdadeira dicotomia entre o individual e o coletivo.

Assim, tem-se a aplicação da Teoria das Escolhas Trágicas, segundo a qual é necessário que se identifique quais são as prioridades do gasto Público para fazer frente às necessidades da população, determinando, em conseqüente, que os recursos sejam direcionados conforme as prioridades eleitas, em detrimento de uma série de outros interesses que, fatalmente, deixarão de ser empreendidos pelo Estado.

Ocorre que, no âmbito do Direito à Saúde, a aplicação das escolhas trágicas se revela demasiadamente difícil: não conceder determinado tratamento pode

⁵ OHLAND, Luciana. **Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010, p. 30

representar uma verdadeira sentença de morte⁶ ao cidadão que o está pleiteando e vê no Judiciário a fonte de esperanças de uma possível melhora, sendo uma tarefa ingrata a qualquer julgador.

Desse modo, muito embora os aplicadores do direito tenham ciência da limitação orçamentária e de que o ativismo judicial e a interferência no âmbito das políticas públicas podem gerar *déficits* prejudiciais a toda população, ao se depararem com uma situação concreta na qual uma pessoa depende de sua decisão para poder viver, os mesmos deixam de lado o aspecto econômico da situação para dar lugar a uma perspectiva pautada na moral, o que se torna perceptível em diversos julgados, a exemplo da conhecida STA 175-AgR/CE⁷.

Neste trabalho, busca-se, então, analisar situações em que a efetivação do direito fundamental à saúde esbarra na limitação financeira dos Estados, colocando em xeque a problemática da ponderação entre os princípios da integralidade e da reserva do possível, tão caros à seguridade social.

Não apenas isso, busca-se entender se o Estado realmente tem o dever de custear tratamentos de doenças que ainda não foram regulamentadas, cujos medicamentos não integram a lista do SUS e não possuem eficácia comprovada.

Por certo, trata-se de um tema bastante debatido. Entretanto, o mesmo continua sendo alvo de grandes polêmicas, o que demonstra que ainda existe a necessidade de discussões ao seu respeito, visando melhor compreender as implicações do fenômeno da judicialização da saúde e identificar seus potenciais riscos, sempre com o objetivo de aprimorar a eficiência dos gastos públicos com saúde e beneficiar o maior número de pessoas, gerando os menores danos possíveis.

⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 13.

⁷ Vale trazer trecho do voto do Min. Celso de Mello na STA 175-AgR/CE para bem ilustrar: “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”

1. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE: A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Com o passar dos anos, as sociedades começaram a voltar sua preocupação cada vez mais para a coletividade. Deixou-se a perspectiva de valorização exacerbada do individualismo para dar lugar a uma consciência de comunidade, na qual as pessoas buscavam resguardar os interesses do grupo como um todo, fortalecendo-se a concepção de estado de bem-estar social.

Nesse contexto, a partir do final do século XIX e início do século XX, com o período pós revolução industrial e a ascensão política dos interesses da classe proletária, em contraposição ao *status quo* liberal burguês então dominantes, as sociedades ocidentais, de um modo geral, vivenciaram um realinhamento dos fatores reais de poder⁸.

Isso deu ensejo, no campo político, à luta pela positivação de direitos que protegessem não apenas a liberdade individual e a propriedade privada, mas também fossem capazes de abarcar os interesses coletivos da sociedade, buscando a concretização da ideia de justiça material⁹, que marca as constituições contemporâneas.

Assim, surgiram os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração juntamente com os direitos econômicos e culturais na terminologia cunhada pelo jurista Norberto Bobbio¹⁰, em contraponto àqueles direitos que já recebiam a tutela estatal em caráter negativo, ou seja, mediante a abstenção do controle do Estado, considerados de primeira geração.

Os direitos sociais, portanto, são direitos de titularidade coletiva e caráter positivo, na medida em que exigem atuações concretas do Estado para serem

⁸ LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 7.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

garantidos, demandando, então, a criação de políticas públicas específicas, com aporte de recursos materiais e humanos¹¹.

Tais direitos aparecem constitucionalmente garantidos na forma de direitos fundamentais que, na concepção de Robert Alexy, são direitos do homem transformados em direito positivo¹², sendo, por isso, um ideal universal¹³ e de validade universal¹⁴.

No entendimento do catedrático de Kiel, os direitos do homem são aqueles interesses e carências que, não apenas podem, mas devem ser fomentados pelo sistema jurídico, sendo tão indispensáveis que a necessidade de sua observância possa ser fundamentada pelo direito. Desse modo, os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido, mas sua validade não pressupõe uma positivação¹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, corrobora com o pensamento de Alexy, ao qualificar, em seu preâmbulo, os direitos do homem “como o ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações”¹⁶.

Percebe-se, com isso, um forte viés jusnaturalista ao descrever os direitos fundamentais, na medida em que, muitas vezes, os mesmos são caracterizados como direitos que preexistem à normatização estatal, de forma que sua positivação no ordenamento jurídico não tem o condão de criá-los, mas apenas de reconhecê-los¹⁷.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 2.

¹² ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 73

¹³ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático** – para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, p. 55.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 67

¹⁵ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático** – para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS, p. 60-61

¹⁶ ONU. Declaração universal dos direitos humanos, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

¹⁷ ORDACGY, André Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Número 01. 2009. Brasília, Distrito Federal. Disponível em:

Sem entrar no mérito do debate jusnaturalismo *versus* juspositivismo, visto que este não é o escopo do presente trabalho, tem-se que alguns direitos, de fato, podem ser justificados pela sua relevância e essencialidade a uma ordem jurídica nacional.

E assim o são os direitos sociais, que tutelam bens jurídicos imprescindíveis a uma vida digna.

No Brasil, os direitos sociais estão elencados no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que apresenta, dentre o rol de direitos que ocupam esta posição, o direito à saúde. A saúde, com isso, foi elevada à categoria de direito fundamental, conferindo-se-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria¹⁸.

Tal fato se justifica justamente pela relevância do bem jurídico a ser tutelado, já que a saúde é indissociável do direito à vida – o direito mais básico e essencial do ser humano – estando umbilicalmente ligado a ele¹⁹.

Por conseguinte, em um ordenamento jurídico que tem o direito à vida assegurado, é evidente que também a saúde será digna de proteção, na medida em que onde esta não existe, resta completamente esvaziada a proteção prevista para a vida²⁰, porquanto a saúde é pressuposto indispensável para a sua existência e também um elemento agregado à sua qualidade²¹.

É válido ressaltar que a proteção à saúde não se trata de um pioneirismo brasileiro. Na verdade, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mencionada acima, já trazia a saúde na categoria de direito fundamental, dispondo, em seu art. 25,

<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/185/162>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 2.

¹⁹ ORDACGY, André Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Número 01. 2009. Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/185/162>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 3.

²¹ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

item 1, que toda pessoa tem direito a um nível de vida capaz de garantir a si e a sua família a saúde e o bem-estar²².

Também o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²³ de 1966, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 591 de 1992, faz menção, no art. 12, item 1, ao direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde, não só física, como também mental.

Dessa forma, percebe-se com clareza que a preocupação internacional com a tutela do direito à saúde remonta de longas datas, estando a Constituição Brasileira alinhada com os demais países, a exemplo de Portugal, Espanha, Itália e França²⁴, ao consagrar a saúde como direito fundamental da pessoa humana.

O dispositivo constitucional que trata especificamente do direito à saúde é o art. 196, que, por sua relevância ao presente trabalho, transcreve-se *ipsis litteris*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, o artigo que versa sobre o direito à saúde é uma norma programática, isto é, apresenta conteúdo econômico-social e estabelece um programa que obriga os órgãos públicos mediante a determinação de diretrizes que devem ser cumpridas²⁵.

Mais especificamente, trata-se de uma norma programática declaratória de direito, na medida em que não estabelece a forma pela qual deverá ser implementada,

²² ONU. Declaração universal dos direitos humanos, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 19 de agosto de 2019.

²³ BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 22 de agosto de 2019.

²⁴ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 4.

²⁵ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de informação legislativa**. V. 49, Número 193 (jan/mar. 2012). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

vinculando, contudo, todos os órgãos públicos, independentemente da existência ou não de regulamentação infraconstitucional²⁶.

Por conseguinte, o fato de ser uma norma programática não pode, de modo algum, ser compreendido como um esvaziamento de eficácia de seu conteúdo. A própria Constituição prevê, expressamente, no art. 5º, parágrafo 1º, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm eficácia imediata. A importância disso reside no fato de que as normas definidoras de direitos fundamentais não podem jamais serem compreendidas como enunciados proclamadores de boas intenções, sem qualquer força normativa capaz de gerar efeitos concretos.

Ao revés, devem ter normatividade reforçada, devendo ser utilizadas com o maior grau de eficácia e efetividade possível, para que todos os efeitos que lhe são peculiares possam ser extraídos diretamente²⁷, vinculando todos os poderes, independentemente de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, até mesmo porque, como resta consignado pelo famoso brocardo, *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, não devem existir na lei palavras inúteis, de modo que não podem existir na Constituição (ou em qualquer outro diploma legal) normas jurídicas sem qualquer aplicação.

Dessa maneira, ainda que não de forma absoluta, a Constituição tem um significado próprio e vai adquirir força normativa na medida em que lograr êxito em realizar sua pretensão de eficácia²⁸. Como já consignou Konrad Hesse, a essência das normas constitucionais está na sua própria vigência, o que significa que as situações por elas reguladas pretendem ser concretizadas na realidade²⁹.

Nesse sentido, tem-se a doutrina da efetividade, cuja essência é tornar as normas constitucionais aplicáveis na extensão máxima de sua densidade normativa,

²⁶PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de informação legislativa**. V. 49, Número 193 (jan/mar. 2012). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 9.

²⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 5.

²⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 4.

de maneira direta e imediata³⁰. Assim, a Constituição passa a ser fonte de direitos e obrigações *per se*³¹ e não uma simples promessa que poderá, ou não, ser concretizada.

Ademais, a partir da análise do dispositivo ora em comento, extrai-se a seguinte conclusão: a saúde não é apenas um direito fundamental, mas é também um dever. À vista disso, é possível afirmar, na linha do que leciona Ingo Sarlet, que o direito à saúde se enquadra em duas categorias de direitos, podendo ter um viés negativo ou positivo, a depender de sua função no caso concreto³².

Em sua dimensão negativa, a saúde aparece como bem jurídico que deve ser protegido contra qualquer agressão, de modo que tanto o Estado, quanto os particulares, têm o dever de não afetar a saúde dos indivíduos. Assim, caracteriza-se o não fazer, típico da dimensão negativa dos direitos³³.

Já a dimensão positiva do direito à saúde se revela em seu cunho eminentemente prestacional, na medida em que enseja a necessidade de prestações positivas do Estado para ser concretizado³⁴. Por conta disso, o titular do direito à saúde pode exigir do poder público prestações materiais, com base na norma constitucional, justamente pelo fato de o art. 196 da Constituição estabelecer que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado.

Assim sendo, resta claro que a saúde ocupa um espaço de grande relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido elevada à categoria de direito fundamental, vinculando, inclusive, a atividade administrativa e orçamentária estatal, em razão de o seu caráter positivo demandar uma atuação efetiva do poder público.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In*: **Temas de Direito Constitucional**, Vol. 3.

³² SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 8.

³³ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 10-11.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

1.1. A responsabilidade do Estado no tocante ao fornecimento de tratamentos médicos frente ao direito à saúde

Sem o reconhecimento de um dever por parte do Estado, o direito à saúde estaria completamente esvaziado de sentido, posto que sua efetivação seria inviável. É que, garantir o direito à saúde aos cidadãos, implica, necessariamente, o aporte de recursos materiais e humanos³⁵, o que, sem a participação do Estado, não seria possível.

O Estado precisa, então, destinar parte de seu orçamento para assegurar o direito à saúde aos indivíduos, cumprindo, com isso, o comando legal apresentado pelo art. 196 da Carta Magna, que lhe impõe este dever.

Nesse mesmo sentido, tem-se o art. 2º da Lei 8.080/90³⁶, que dispõe que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Dessa forma, cabe ao Poder Público não só aplicar políticas que visem a redução das doenças, como também tratar as doenças e promover a recuperação dos enfermos, já que o pleno exercício do direito à saúde demanda essas duas facetas³⁷.

No tocante, especificamente, ao fornecimento de tratamentos e medicamentos, a prestação gratuita por parte do Estado se justifica justamente porque são eles os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo que esteja eventualmente debilitado³⁸, estando, por consequência, intimamente atrelado ao direito à saúde em si. Assim, em que pese não exista previsão constitucional específica para tanto, a concessão de tratamentos médicos e o fornecimento de medicamentos são decorrências diretas da previsão constitucional do direito à saúde,

³⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 2.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 25 de agosto de 2019.

³⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* – Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1995.

³⁸ CASTRO. Henrique Monteiro Hoffmann de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**.

motivo pelo qual devem ser custeados pelo Estado, possuindo nitidamente uma dimensão econômica.

Os parâmetros para esse custeio estão definidos na própria Constituição Federal, que estabelece, em seu art. 198, o Sistema Único de Saúde como o meio através do qual o Poder Público deverá cumprir o dever constitucional que lhe foi incumbido, exercendo seu papel na relação jurídica da saúde.

Neste ponto, a responsabilidade do Estado na manutenção da saúde pública é regida pelos princípios da universalidade, equidade e integralidade³⁹, segundo os quais a saúde não apenas é direito de todos, devendo ser garantida a qualquer indivíduo sem distinção, como também o atendimento as suas necessidades deve ser integral, tanto na promoção da saúde e prevenção de doenças, quanto no tratamento destas.

Pelo princípio da integralidade, especificamente, não somente as doenças mais simples deverão ter a prevenção e tratamento assegurados, como ainda são dignas de tutela até as doenças mais graves, não podendo ser excluída nenhuma patologia, por mais complexo que seja o seu tratamento.

Isso quer dizer que, para garantir o direito à saúde aos cidadãos, o Estado deve também custear o tratamento das doenças, de acordo com a recomendação médica específica para cada paciente, independentemente do seu grau de complexidade.

Tanto é assim que o art. 6º, inciso I, alínea d, da Lei 8.080/90 dispõe que a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde. Evidencia-se, dessa forma, que o fornecimento de medicamentos faz parte do conjunto das ações que devem ser desenvolvidas a fim de garantir a integralidade da assistência⁴⁰.

Mais a frente, a partir do art. 19-M, a Lei 8.080/90 passa a regulamentar detidamente a assistência terapêutica integral, consignando que esta consiste em dispensa de medicamentos e oferta de procedimentos terapêuticos, definindo também

³⁹ BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Artigo 7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 25 de agosto de 2019.

⁴⁰ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. **Direito à vida e à saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

que deverão ser elaborados protocolos clínicos para o diagnóstico e tratamento das enfermidades.

A partir disso, foi elaborada a Política Nacional de Medicamentos, através da Portaria 3.916/98, que é considerada o pilar principal de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos pelo Estado⁴¹. É através dessa Portaria que serão estabelecidas as relações de medicamentos que deverão ter distribuição obrigatória (RENAME), sendo certo que essa lista precisa estar em constante modificação, para se manter atualizada e acompanhar os avanços da medicina, bem como para fazer frente às novas doenças que surgem, podendo a população, inclusive, fazer pedidos de inclusão para atender necessidades específicas.

Via de regra, a incorporação de uma nova medicação ou tratamento ao SUS deve percorrer cinco etapas. Primeiramente, deve possuir registro na ANVISA, que irá avaliar a segurança e eficácia da nova tecnologia. Posteriormente, será necessário que o medicamento tenha aprovação de preço pela Secretaria Executiva da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). O terceiro passo consiste na aprovação pela CONITEC, que avaliará o custo-efetividade da nova tecnologia, o que significa que serão analisados os benefícios proporcionados em comparação a outros métodos já existentes, além do custo econômico. Só depois da referida aprovação, será feita a inclusão na lista RENAME, que, como dito, estabelece os medicamentos e procedimentos que serão custeados pelo SUS. Por fim, a última etapa é justamente a contratação de fornecedores e disponibilização do tratamento para a população⁴².

Percebe-se, com isso, que segurança, eficácia e adequação não são os únicos fatores que são levados em consideração ao se elaborar as políticas públicas de fornecimento de medicamentos. O medicamento deve estar na lista de produtos de fornecimento obrigatório, pois é isso que garante a viabilidade e a integridade da

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

⁴² LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 112-113.

política pública⁴³, na medida em que a padronização assegura o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema de saúde⁴⁴.

Entretanto, pelo simples motivo de existir uma lista, constata-se *prima facie* que não são todos os medicamentos que estão disponíveis para a população. E isso ocorre, em grande medida, pela limitação orçamentaria existente, a qual impede que o fornecimento de medicamentos e tratamentos ocorra de maneira irrestrita. Além disso, tem-se que alguns tratamentos ainda não foram aprovados pela ANVISA ou pela CONITEC, de maneira que não estão regulamentados pela Política Nacional de Medicamentos.

Mas o fato é que, a partir puramente do texto constitucional, todos têm direito à saúde e o Estado o dever de prestá-la. Não há na Constituição quaisquer limitações ao exercício pleno deste direito, muito menos uma limitação de caráter orçamentário. Ao contrário, nos termos da Carta da República, a garantia à saúde tem a mais ampla e absoluta proteção⁴⁵. Porém, o reconhecimento deste fato não significa a sua materialização efetiva, que encontra barreiras de cunho orçamentário, que não podem ser transpostas pelo Poder Público sem que isso cause prejuízo à toda coletividade.

O custo da saúde é, como sói de ser, fator que não pode ser ignorado.

⁴³ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 117.

⁴⁴ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 118.

⁴⁵ CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14609>. Acesso em 22 setembro 2019.

2. SAÚDE: UM DOS DIREITOS MAIS DISPENDIOSOS

Uma premissa básica que deve ser consignada é que os direitos dependem sempre e necessariamente de recursos públicos. Posto em outros termos, não existem direitos sem custos para a sua efetivação⁴⁶, porque, não só a implementação, mas, principalmente, a manutenção de um direito agrega despesas públicas⁴⁷.

Como é possível imaginar, o custo para a concretização do direito à saúde, especificamente, é elevado, sobretudo ao se considerar a pretensão constitucional de que todos os cidadãos tenham acesso a este direito e também que o atendimento por parte do Poder Público se dê de maneira integral, abrangendo quaisquer doenças, ainda que raras ou sujeitas a tratamentos experimentais.

Financiar este direito para os mais de 210 (duzentos e dez) milhões de residentes no Brasil⁴⁸, nacionais e estrangeiros, certamente, não é um objetivo fácil de ser alcançado.

É bem verdade que a Carta Magna já estabelece em seu texto, no art. 198, as fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde⁴⁹, tal como dispõe acerca dos recursos mínimos que os entes deverão destinar para as ações e serviços públicos relacionados a este direito⁵⁰. Entretanto, ainda assim, o orçamento destinado é insuficiente para fazer frente as despesas verificadas na prática.

⁴⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000, p. 15.

⁴⁷ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 12 de setembro de 2019.

⁴⁸ IBGE. **Resolução nº 3 de 26 de agosto de 2019**. Diário Oficial da União. Edição 166. Publicado em 28/08/2019. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>. Acesso em 12 de setembro de 2019.

⁴⁹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [omissis]
§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

⁵⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [omissis]
§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

É que, para materializar um sistema de saúde nos moldes idealizados, faz-se imprescindível um aporte financeiro, no mínimo, compatível com as infinitas demandas verificadas nessa área, já que qualquer indivíduo pode ser acometido por condições que afetem a sua saúde, o que faz com que a saúde seja um dos direitos humanos mais dispendiosos.

Entretanto, mesmo com a altíssima carga tributária suportada pelos brasileiros, o fato é que os recursos públicos que o Estado irá utilizar para financiar seus gastos nas diversas searas são limitados. Na verdade, qualquer orçamento, até mesmo dos particulares, possui um limite⁵¹, que não pode ser ultrapassado. A escassez significa exatamente que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, é incapaz de produzir e ofertar todos os bens e serviços que os indivíduos querem e necessitam⁵². Como bem exemplifica Mankiw, assim como uma família não pode dar a todos os seus membros tudo que estes desejam, o Estado também não pode oferecer para cada pessoa o padrão de vida mais alto que se aspira⁵³.

E não se pode perder de vista que a Constituição Federal já impõe ao Estado uma enorme gama de obrigações, que não se encerram na concretização do direito à saúde. Existem outros direitos fundamentais que demandam a implementação de políticas públicas, que também precisam ser considerados no planejamento dos gastos. Um direito não pode simplesmente deixar de ser implementado em prol da efetivação de outro. É necessário estabelecer prioridades para determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação de cada um desses direitos⁵⁴. Por conta disso, os recursos disponíveis deverão ser administrados e alocados conforme as prioridades eleitas pela sociedade⁵⁵.

A carência de recursos, contudo, cria um verdadeiro abismo entre o que é garantido constitucionalmente e o que se verifica na realidade. Normas, em sua

⁵¹ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 26.

⁵² MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 3.

⁵³ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 3.

⁵⁴ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 10.

⁵⁵ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 3.

abstração, podem tudo⁵⁶, mas a impossibilidade material faz com que as disposições normativas sejam não muito mais do que “o nada” do ponto de vista prático⁵⁷, exatamente porque direitos só existem onde existem recursos e, como mencionado, os recursos não existem de maneira ilimitada⁵⁸. Nas palavras de Fernando Facury Scaff, a simples proclamação de direitos custosos serve de muito pouco, caso não sejam atribuídos os recursos necessários para a sua efetivação⁵⁹. Dessa forma, aquilo que supostamente seria exigível do Estado depende diretamente daquilo que este pode suportar⁶⁰.

O princípio da solidariedade determina, então, que o custo dos direitos deve ser suportado por toda a sociedade, através de um sistema tributário capaz de arcar com tais despesas. Assim, se a sociedade demanda uma presença maior do Estado, como consectário lógico terá que arcar com uma maior carga tributária. Isso porque, em certa medida, o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos⁶¹, sendo certo também que o Estado é financiado por tributos⁶² (é dizer, os recursos financeiros necessários ao funcionamento do Estado são captados junto aos indivíduos). A conclusão silogística dessas premissas é que só existem direitos onde há fluxo orçamentário que os permita⁶³. Ao fim e ao cabo, quem paga a conta dos gastos é a própria sociedade.

⁵⁶ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁵⁷ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 174.

⁵⁸ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁵⁹ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais.** I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 26.

⁶⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.

⁶¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights.** Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000, p. 20

⁶² SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais.** I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 10.

⁶³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights.** Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000, p. 20

Em síntese, a limitação de recursos é um dado fático que não pode ser ignorado⁶⁴, tendo em vista que o mundo real possui limites às exigências absolutas⁶⁵. Isso importa, necessariamente, no resultado de que não existem meios suficientes para atender a todas as aspirações sociais⁶⁶.

Como consequência, a atuação do Estado é limitada pelo orçamento disponível, o que implica a necessidade de fazer escolhas: o Estado constantemente efetua opções a respeito dos bens jurídicos que se propõe a tutelar, opções essas realizadas no limiar de um orçamento restrito⁶⁷. Custos e possibilidades são, portanto, elementos que não podem ser olvidados, do mesmo modo que é necessário ter a consciência de que nem sempre aquilo que é necessário, é financeiramente possível⁶⁸.

Nesta linha de considerações, é de se concluir que o direito à saúde (e todos os direitos de modo geral) não pode ser entendido de maneira absoluta, pois nenhuma demanda ou interesse que gere custo pode ser compreendida em acepção absoluta⁶⁹. Ao revés, deve ser analisado com responsabilidade, no sentido de se reconhecer que o direito à saúde tem atrelado a si um custo e os recursos públicos utilizados para fazer frente a esse custo são insuficientes para promover todos os ideais sociais, o

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 03/02/2006.

⁶⁵ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁶⁶ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁶⁷ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁶⁸ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

⁶⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights.** Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000, p. 97.

que impõe, naturalmente, o sacrifício de alguns deles⁷⁰, sacrifício este que será realizado mediante um sistema de prioridades, no qual o Estado irá escolher qual será a destinação dos recursos.

2.1. Alocação de recursos: as escolhas (trágicas) do Administrador e a Reserva do Possível

Governar é, eminentemente, fazer escolhas. A limitação orçamentária existente impossibilita que o Administrador Público concretize todos os direitos constitucionalmente previstos em toda a sua dimensão. Por conta disso, os recursos terão que ser alocados de acordo com as prioridades eleitas.

Daí porque se afirma categoricamente que governar é fazer escolhas: através do orçamento disponível será possível determinar o quanto de recursos pode ser alocado para a implementação de cada direito, de acordo com um sistema de prioridades⁷¹, que será estabelecido conjuntamente entre o Poder Legislativo e os gestores públicos, que terão que eleger quais serão os objetivos a serem concretizados.

A Constituição, portanto, serve como um parâmetro. Ela estabelece os propósitos que devem ser buscados através da atuação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, porém cabe a eles realizar as metas ali fixadas, de acordo com as possibilidades existentes, através das políticas públicas, que são as providências necessárias para que os direitos se realizem⁷².

Assim, em que pese o núcleo essencial dos direitos fundamentais deva sempre ser resguardado⁷³, a forma como os recursos serão aplicados dentro da área de cada um dos direitos definidos pela Carta Magna depende de uma escolha do legislador. Quer dizer, a atuação do legislador tem a limitação de que o mínimo constitucional

⁷⁰ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 200.

⁷¹ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 10.

⁷² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 251.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, p. 12. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

deverá sempre ser garantido, para que os direitos fundamentais nunca tenham sua essência maculada. Mas, uma vez respeitado o conteúdo essencial de um direito, a forma como o mesmo será concretizado dependerá da discricionariedade dos poderes responsáveis pela elaboração e execução das políticas públicas. Isso porque são esses poderes que possuem uma visão global tanto dos recursos disponíveis, quanto das necessidades a serem supridas⁷⁴, de modo que eles podem realizar o planejamento de gastos públicos com maior eficiência.

No Brasil, as prioridades na alocação dos recursos são definidas através do sistema orçamentário, cujas leis são de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Fica a cargo do Poder Legislativo, dessa maneira, definir o que será implementado. Já o Poder Executivo, por sua vez, decidirá como os gastos serão implementados, na forma e no limite estabelecidos pela lei⁷⁵, em razão do princípio da legalidade da despesa pública. Todavia, ainda assim, existe uma margem de liberdade conferida pela lei, permitindo que o Poder Executivo integre a norma jurídica a partir de sua vontade ou juízo de valor diante de um caso concreto⁷⁶. Em um caso ou em outro, o elemento da discricionariedade estará presente.

Observa-se, então, que a saúde deve ser implementada por atos políticos, através de uma legislação que a concretize e de atos administrativos que realizem escolhas a partir de critérios de conveniência, oportunidade e, sobretudo, possibilidade⁷⁷.

Entretanto, é válido ressaltar que a Constituição Federal não confere uma liberdade tão ampla no tocante a elaboração da lei orçamentária. A arrecadação de tributos possui algumas vinculações obrigatórias no tocante aos gastos sociais, tendo sido reservada na Constituição Federal uma parcela da receita do país para a

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

⁷⁵ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 11.

⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 385.

⁷⁷ BRITO, Eduardo Valadares de. **Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e vida**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/medicamentos-e-o-dever-do-estado-de-tutelar-a-saude-e-vida/>. Acesso em 07 de outubro de 2019.

efetivação dos direitos fundamentais, para garantir que esses direitos sempre possuam um orçamento mínimo para sua implementação⁷⁸.

No entanto, ainda que tal orçamento pareça ser generoso à primeira vista, como já mencionado alhures a saúde é um dos direitos mais onerosos, fazendo com que os recursos sejam insuficientes para atender a todas as demandas.

E é neste ponto que reside a discricionariedade dos gestores, pois o sistema financeiro é único: para efetuar gastos em uma área, é preciso que se retire verba de outra, cabendo ao Administrador realizar a opção de qual setor será beneficiado, em detrimento de outro, que restará sacrificado.

Tem-se, então, que o Administrador Público possui sua atividade regida pela reserva do financeiramente possível no tocante a concretização dos direitos sociais, tendo em vista que o mesmo deverá constantemente efetuar escolhas que sejam capazes de beneficiar o maior número possível de indivíduos, ainda que, para isso, precise excluir algumas situações específicas⁷⁹, já que investir recursos em determinada área implica, necessariamente, deixar de investir esses recursos em outras áreas, na medida em que o orçamento apresenta-se aquém da demanda social pela efetivação de direitos⁸⁰. Assim, optar é, no âmbito dos poucos recursos, subtrair de alguém para dar a outrem⁸¹.

Para efetivar um direito, então, tem-se que abrir mão de outro. É o famoso *trade-off* tão mencionado pela ciência econômica, que se traduz na máxima de que o ato de escolher implica em renúncias. Todas as escolhas são feitas em detrimento de

⁷⁸ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 11.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). Recurso Extraordinário nº 810.603/PE. Rel. Min. Carmén Lúcia, 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25122725/recurso-extraordinario-re-810603-pe-stf>. Acesso em 08 de outubro de 2019.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, p. 25. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

⁸¹ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

outras opções e pretensões, motivo pelo qual tomar decisões exige comparar objetivos⁸².

Em decorrência disso se configura a importância de ter uma visão global das necessidades da população, na medida em que tomar decisões acertadas demanda o entendimento de quais são as opções disponíveis⁸³. É preciso saber do que se está verdadeiramente desistindo para entender o real custo de oportunidade de uma ação, o que só é possível quando se tem um conhecimento amplo das alternativas em jogo em determinada situação, para que seja possível compará-las⁸⁴. Entender os custos e benefícios permite trazer maior qualidade às escolhas públicas⁸⁵ e, justamente por isso, se reservou ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo a competência para decidir a respeito da afetação dos recursos⁸⁶.

Não se pode olvidar, contudo, que, ainda que teoricamente possuam uma compreensão universal das demandas sociais e do orçamento disponível para fazer frente a elas, a tarefa de alocar os recursos não é fácil para os gestores. Muitas vezes o sacrifício necessário é enorme, o que ganha especial relevo quando se trata do direito à saúde.

As escolhas são trágicas, na expressão utilizada por Calabresi e Bobbit⁸⁷, exatamente porque demandam sacrifícios.

Como bem assinala Gustavo do Amaral, imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez e que o Estado possa sempre prover as necessidades é quase uma questão de fé, no sentido bíblico da palavra da convicção sobre fatos que não se veem⁸⁸.

⁸² MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 4.

⁸³ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 4.

⁸⁴ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 5.

⁸⁵ GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia.

⁸⁷ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources**. New York: Norton & Company, 1978.

⁸⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

A realidade fática é bem diversa: ela obriga que o Administrador Público se depare com fins igualmente últimos e exigências igualmente absolutas, que não poderão ser todos atendidos, de forma que a realização desses fins e dessas exigências irá acarretar o abandono de outros⁸⁹. E, em muitas situações, seja qual for a solução adotada pelo Administrador no caso concreto, a opção será trágica⁹⁰.

Por conta disso, deve se ter clara a ideia de que os valores consagrados no ordenamento jurídico não podem ser realizados integralmente, sem que isso inviabilize a realização de outros valores, de modo que o gestor público, em sua atuação, deverá sempre buscar realizar do modo mais intenso possível os direitos, a partir da proporcionalidade e da ponderação⁹¹.

Em última análise, percebe-se que, mesmo os direitos fundamentais não podem ser vistos como dotados de uma supremacia absoluta⁹², já que a reserva do possível, em que pese não possa servir como uma espécie de óbice intransponível a efetivação desses direitos, serve à imposição de restrições a tal efetivação, uma vez que os custos devem ser considerados no processo de ponderação de bens⁹³.

Tal princípio, então, identifica o fenômeno econômico da escassez, já explicitado acima, vez que está diretamente relacionado com a existência de recursos (reserva do possível fática) e com a previsão orçamentária para dada despesa (reserva do possível jurídica)⁹⁴.

Não só isso, em sentido amplo, a reserva do possível também aparece para estabelecer o que pode o indivíduo, razoavelmente, exigir do Estado⁹⁵. A expressão, compreendida em sua concepção original cunhada pelo Tribunal Constitucional

⁸⁹ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 167.

⁹⁰ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr/jun, 1998, p. 118.

⁹² MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007, p. 18.

⁹³ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007, p. 18.

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276-278.

⁹⁵ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Org. Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 657.

alemão, representa a ideia de que não é possível conceder aos indivíduos todos os seus pleitos, pois alguns desses pleitos, certamente, não serão razoáveis⁹⁶. Dessa maneira, a efetivação das pretensões deduzidas vai depender, diretamente, da razoabilidade de tais pretensões⁹⁷, não se podendo falar em uma obrigação de prestar algo que extrapole os limites do razoável⁹⁸, de modo que a reserva do possível funciona como um elemento externo a própria estrutura dos direitos fundamentais⁹⁹.

Assim, percebe-se que a reserva do possível abrange mais do que a ausência de recursos materiais necessários a realização dos direitos¹⁰⁰. Ela não se relaciona apenas com as possibilidades fáticas em termos de disponibilidade financeira, como também diz respeito ao que é racional para um indivíduo isoladamente exigir da sociedade¹⁰¹.

Por conseguinte, tem-se que os limites fáticos e orçamentários relativizam a eficácia e a efetividade dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, de modo que as políticas públicas serão elaboradas pelos administradores de forma a atender o maior número de necessidades, levando em consideração a possibilidade financeira do Estado, sendo certo que, eventualmente, algumas pretensões não poderão ser efetivadas.

Em razão disso, o sacrifício de determinados direitos não pode ser percebido sempre e necessariamente como uma omissão por parte do Poder Público ou uma falha na prestação e garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista que, muitas vezes, se trata verdadeiramente de uma opção tomada pelo gestor.

⁹⁶ FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. *In*: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia e Direito Público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

⁹⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007, p. 13.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 265.

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 890.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista brasileira de direitos fundamentais & justiça**, v. 1, n. 1, out/dez, 2007, p. 29

¹⁰¹ FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. *In*: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia e Direito Público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

3. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE – JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Em que pese a efetivação do direito à saúde, mediante a elaboração e implementação das políticas públicas, seja de competência conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, muitas vezes a problemática de sua concretização ganha repercussão no Poder Judiciário.

Isso porque, sempre que ocorrem omissões no âmbito desse direito, a população recorre ao Judiciário, visando compelir o Estado a cumprir com o dever constitucionalmente imposto pelo art. 196.

Ocorre que, como já mencionado, tais “omissões” nem sempre são decorrentes da má administração dos recursos ou ineficiência na implementação das políticas públicas. Muitas vezes, a não cobertura de determinado tratamento é decorrente tão somente do fato de que o Estado não possui condições suficientes para atender todos os cidadãos que dependem dos serviços de saúde de forma gratuita, universal, igualitária e integral, de modo que o gestor público é obrigado a efetuar uma escolha com relação aos tratamentos e medicamentos que serão assegurados.

Apesar disso, o número de ações relativas ao direito da saúde vem crescendo exponencialmente ao longo dos anos, ocasionando o fenômeno social e jurídico denominado Judicialização da Saúde, que se expressa, principalmente, em demandas judiciais por medicamentos não constantes da listagem do SUS¹⁰². Nesse sentido, a ânsia de implementar integralmente as normas constitucionais gerou uma série de decisões dos tribunais pátrios implementando diretamente o direito à saúde¹⁰³.

Tal fenômeno é explicado pelo fato de que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito. Ademais, além da função política como poder de Estado, o Judiciário também possui a função social de garantir a satisfação dos princípios e

¹⁰² SANT’ANA, João Maurício Brambati *et al.* Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Revista Panam Salud Publica**, v. 29, n. 2, 2011, p. 138-144.

¹⁰³ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 35.

normas constitucionais¹⁰⁴. É que, como já pontuado por Robert Alexy, os direitos fundamentais exigem a sua institucionalização. Assim, no exemplo dado pelo doutrinador, não existe somente um direito à vida, mas também, vinculado a este direito, existe o direito à existência de um Estado que o concretize. E a institucionalização inclui a justicialização¹⁰⁵, ou seja, a possibilidade de ser cobrado judicialmente. O papel do Judiciário, portanto, também é o de resguardar direitos e assegurar obediência ao ordenamento jurídico¹⁰⁶.

Não há razão, à vista disso, como corretamente assevera Murilo Gasparido, para haver dúvidas acerca da possibilidade de submissão de uma política pública ao controle jurisdicional¹⁰⁷.

Dessa forma, sempre que um indivíduo entender que está sofrendo lesão ao seu direito à saúde, pode recorrer à Justiça para resolver a questão¹⁰⁸, especialmente porque o caráter positivo do direito à saúde confere aos titulares desse direito a possibilidade de exigir do poder público prestações materiais, a exemplo do fornecimento de medicamentos¹⁰⁹.

Permanece, todavia, o questionamento se o Poder Judiciário está ou não autorizado a atender essas demandas e conceder a particulares o direito à saúde

¹⁰⁴ DA ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. O Judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 1ª Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 22

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 73.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁰⁷ GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In*: **Temas de Direito Público**. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

¹⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo – Justiça e Pesquisa. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019, p. 159.

¹⁰⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 12.

através de prestações positivas a serem concretizadas pelo Estado¹¹⁰ de maneira irrestrita.

3.1. A problemática em torno da Judicialização da Saúde: o individual *versus* o coletivo

Muito embora a interferência do Judiciário em determinadas circunstâncias seja, de certa forma, eficiente, pois garante ao indivíduo que está demandando acesso a medicamentos e procedimentos médicos que não estavam sendo garantidos, não se pode perder de vista que o direito à saúde não é apenas um direito individual daqueles que buscam sua realização através do Judiciário, mas, antes de tudo, é um direito que pertence à toda coletividade. A saúde é um bem jurídico coletivo, que deve ser usufruído por todos os cidadãos¹¹¹.

Nesse sentido, o fenômeno da judicialização da saúde tem recebido muitas críticas.

É que as políticas públicas de saúde devem buscar reduzir as desigualdades econômicas e sociais existentes entre os indivíduos. No entanto, no momento em que o Poder Judiciário assume o protagonismo na implementação dessas políticas, se imiscuindo no papel do Poder Executivo, ele cria privilégios para os indivíduos que tiveram condições de ter acesso à Justiça.

Quando o Judiciário decide se os recursos deverão tratar milhares de indivíduos acometidos por doenças comuns ou um número restrito de pacientes acometidos por doenças raras, está se distanciando de sua função e orientando a política pública, subtraindo de alguém para dar a outrem¹¹², na medida em que o Poder Judiciário não amplia o orçamento existente, mas apenas redistribui o orçamento que

¹¹⁰ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 12.

¹¹¹ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 91.

¹¹² HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NCESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo¹¹³.

Acontece que a atividade dos tribunais deveria ser muito mais voltada para garantir a execução das decisões políticas tomadas pelo Administrador Público, fazendo cumprir o que já foi assegurado a partir das escolhas dos gestores, ao invés de configurar verdadeiramente uma nova tomada de decisão política¹¹⁴.

Isso porque, o Estado, ao ser compelido por uma decisão judicial a arcar com despesas que excedem seu planejamento em matéria de política pública, terá que destinar parte de seus recursos, que já tinham destinação específica, para o atendimento das ações propostas, em detrimento de outros cidadãos que também necessitam de procedimentos e medicamentos cuja prestação e fornecimento também lhe compete¹¹⁵.

Nas palavras de Gilmar Mendes, em alguns casos, satisfazer a necessidade das pessoas que estão na frente do julgador, que têm nome, histórias e necessitam de um tratamento específico, tem o condão de, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros indivíduos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde¹¹⁶.

No exemplo dado por Fernando Facury Scaff, a situação em comento causa a sensação de que ao invés de ocorrer um financiamento público dos direitos sociais, houvesse um financiamento público da saúde de um indivíduo em particular, de modo que as verbas públicas estariam sendo utilizadas quase que para o custeio de um plano de saúde individual¹¹⁷, o que não pode prevalecer.

Assim, quando se fala em saúde pública e em mecanismos de efetivá-la, é imprescindível que se visualize a demanda universal existente, e não apenas a demanda contingencial submetida a apreciação jurisdicional, na medida em que, ao

¹¹³ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 29.

¹¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2ª Ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 309.

¹¹⁵ CARVALHO, Raquel Urbano Melo de. **Curso de Direito Administrativo** – parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 609.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Audiência Pública – saúde. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹¹⁷ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 38.

se atender somente os que buscam seus direitos no Poder Judiciário, ignorando o panorama geral das necessidades públicas, corre-se o risco de impossibilitar o atendimento daqueles que não procuraram socorro na via judicial¹¹⁸.

Posto em outros termos, é necessário que se enquadre as necessidades em uma perspectiva geral, para evitar que o interesse da coletividade seja sacrificado em face de uma demanda individual¹¹⁹.

Dessa maneira, resta claro que o efeito indesejado que pode decorrer da judicialização da saúde é a desorganização do processo de seleção de prioridades realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo, que reservam os meios para a concretização das prioridades eleitas, elaboram um planejamento e definem o orçamento público necessário segundo uma ótica global¹²⁰.

O juiz não dispõe dos elementos essenciais para avaliar, através de demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Ao se preocupar em solucionar casos isolados, termina-se fatalmente por ignorar outras necessidades relevantes¹²¹. Trata-se de uma espécie de “miopia cognitiva”, que limita o raio de avaliação jurisdicional às balizas do caso concreto que está submetido a sua apreciação¹²²

Então, se por um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício da cidadania e para a realização do direito à saúde¹²³, por outro, o grande número de ordens judiciais relativas a concretização desse direito causa relevante impacto financeiro nos entes públicos, em prejuízo às políticas de saúde já

¹¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde: por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, p. 33.

¹¹⁹ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹²⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

¹²² ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 91.

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Audiência Pública – saúde. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

previamente instituídas e planejadas através de estudos e análises com o objetivo de atender toda a coletividade¹²⁴.

Exatamente por isso que a concretização dos direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde, exige do julgador a tarefa de ampliar os seus horizontes de análise para avaliar não só a microjustiça da lide em concreto, como também a macrojustiça, de modo que a solução adotada seja sempre passível de se estender a todos que estão (ou possam vir a estar) em situação semelhante¹²⁵. O ato judicial deve estar inserido em uma perspectiva que satisfaça o bem comum e não somente o interesse individual que está sendo apreciado naquele momento específico¹²⁶. Sempre deve ser avaliado o custo social das concessões individuais¹²⁷.

A conclusão a que se chega é que nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto dos valores arrecadados pelo Estado pode ser protegido de maneira absoluta pelo Judiciário, à revelia das consequências orçamentárias pelas quais os outros dois poderes são responsáveis¹²⁸. Tratar esses direitos como se fossem absolutos é decidir utilizando uma dogmática jurídica que se utiliza apenas das normas em abstrato e ignora a realidade¹²⁹.

As decisões que aplicam diretamente o direito à saúde o fazem de modo individual, quando tal direito deveria ser implementado coletivamente através das políticas públicas¹³⁰. Ocorre que esse tipo de decisão, como bem pontua Daniel Wang,

¹²⁴ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 89.

¹²⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

¹²⁶ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹²⁷ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹²⁸ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000, p. 44.

¹²⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008, p. 563

¹³⁰ SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 37.

ignora as consequências distributivas, pois decide que alguns ganharão, sem pensar em quem perderá¹³¹.

Dessa maneira, com essas decisões, os programas de saúde são abalados financeiramente, o que prejudica a sociedade como um todo¹³². Em decorrência disso, constata-se que a transferência dos recursos que deveriam atender a todos para satisfazer apenas alguns viola o postulado da igualdade¹³³.

Tem-se então, que uma situação individual pode, sob o ângulo dos custos, pôr em risco todo o sistema de assistência global à saúde¹³⁴. Assim, o resultado da concessão de diversos pleitos individuais é o pior possível: o colapso do próprio sistema de saúde¹³⁵. Exatamente por conta disso que Luís Roberto Barroso afirma categoricamente que o sistema apresenta sintomas de que pode morrer da cura¹³⁶, vítima desses excessos.

Por conta disso, é necessário que se criem critérios para a atuação do Poder Judiciário nas demandas relativas ao direito da saúde, para evitar que se proliferem decisões condenando a Administração ao custeio de tratamentos que fogem completamente da razoabilidade, o que, fatalmente, conduzirá a ruína do SUS.

3.2. Critérios que devem ser observados pelo Poder Judiciário no âmbito da atuação no direito à saúde

Primeiramente, é preciso assentar que o Judiciário tem – e deve ter – a função de tutelar os direitos fundamentais, promovendo-os no caso concreto mediante sua

¹³¹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008, p. 563.

¹³² SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin, p. 37.

¹³³ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**. Folha de São Paulo, 20/12/2007.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Audiência Pública – saúde. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹³⁵ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 91.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

atuação quando necessário. Não pode, portanto, se omitir de sua função, sendo menos do que deve ser. Entretanto, a pretexto de promover os direitos fundamentais, o Judiciário não pode atuar de modo irrestrito, pois, como visto, tal atuação desmedida pode causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros indivíduos, trazendo mais prejuízos do que benefícios¹³⁷.

Como bem leciona Gilmar Mendes, a posição buscada quando se analisa a legitimidade das interferências do Poder Judiciário no âmbito da concretização dos direitos sociais deve ser a de equilíbrio, evitando-se os extremos em que ou se negue completamente a ação do Judiciário ou se pregue a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação. É preciso que as implicações das decisões judiciais sejam analisadas, sobretudo no tocante aos impactos econômicos que causam, para que uma decisão que atenda a um indivíduo específico não comprometa, devido a escassez de recursos, os direitos fundamentais de outros cidadãos¹³⁸.

Por conseguinte, a atuação do Poder Judiciário deve ser exercida com parcimônia, em situações específicas e sempre respeitando as leis e atos administrativos existentes, avaliando o impacto financeiro das decisões, para evitar que tal atuação interfira no âmbito de atuação do Poder Público e dos órgãos competentes, comprometendo a eficiência administrativa¹³⁹.

Alguns parâmetros que podem ser adotados são que o Judiciário deve atuar nas situações de verdadeira omissão do Poder Público, onde não haja lei ou ação administrativa implementando o direito à saúde garantido pela Carta Constitucional¹⁴⁰.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Audiência Pública – saúde. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>>. Acesso em 13 de outubro de 2019.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

Também deve agir a Justiça para efetivar as determinações do Poder Público, garantindo a dispensa de medicamentos que constam nas listas elaboradas pelos gestores e que, por alguma razão, não estão sendo devidamente disponibilizados para a população¹⁴¹. É que, embora o Judiciário, de fato, tenha legitimidade para tomar decisões referentes à concretização dos direitos sociais de modo geral, não se pode fazê-lo ignorando os critérios estabelecidos pela legislação pertinente que regulamenta as políticas públicas. Dessa forma, para garantir a observância dos próprios termos estabelecidos nas leis, a atuação do Judiciário não só é bem-vinda, como também é necessária¹⁴², pois estará cobrando o próprio funcionamento do sistema¹⁴³.

Além disso, as listas de medicamentos também podem ser discutidas judicialmente, podendo o Judiciário rever as escolhas dos entes públicos quando verificar algum erro de avaliação porventura existente, determinando a inclusão de dado medicamento na lista, de modo que sua decisão tenha efeito *erga omnes* e possa beneficiar a sociedade como um todo e não apenas um indivíduo ou grupo de indivíduos¹⁴⁴.

Ademais, seja para conceder, seja para negar algum tratamento médico, o Judiciário deve analisar fatores como, por exemplo, a adequação da prescrição médica, a existência de alternativa terapêutica já disponibilizada na rede pública, se as vantagens do tratamento justificam seus custos¹⁴⁵, entre outros.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁴² GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In*: **Temas de Direito Público**. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

¹⁴³ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 114.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁴⁵ GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In*: **Temas de Direito Público**. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

Assim, é necessário que os magistrados adotem uma visão pragmática, analisando os efeitos concretos gerados a partir de cada uma das decisões judiciais que venham a proferir, sob pena de tornar impossível a realização do direito à saúde para a coletividade, ante a multiplicação desenfreada de demandas que se verifica na área¹⁴⁶.

É dizer: não se podem perder de vista os riscos decorrentes das decisões dos tribunais pátrios quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, quando não são considerados os parâmetros vistos acima, especialmente aqueles fixados pela Política Nacional de Medicamentos, além das demais questões técnicas e socioeconômicas envolvidas na questão¹⁴⁷.

Nesse tipo de demanda, não basta restringir os critérios decisórios à mera literalidade da norma, apreciando tão somente elementos jurídico-formais, sem apreciar os elementos da realidade fática que giram em torno da situação¹⁴⁸. Exatamente por isso que a tarefa é tão ingrata aos julgadores.

Conclui-se, portanto, que o fenômeno da Judicialização da Saúde pode significar tanto a concretização, quanto a violação deste direito (avaliado em sua dimensão coletiva), a depender do respeito ou não as premissas acima fixadas¹⁴⁹.

Uma Judicialização positiva é aquela que visa corrigir as falhas do sistema, resgatando a autonomia do sistema público de saúde e fortalecendo suas instâncias

¹⁴⁶ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 91.

¹⁴⁷ GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In: Temas de Direito Público*. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

¹⁴⁸ GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In: Temas de Direito Público*. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

¹⁴⁹ GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In: Temas de Direito Público*. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde. Acesso em 10 de outubro de 2019.

de deliberação interna¹⁵⁰, garantindo seu funcionamento eficiente, sem interferências em sua independência.

Dessa forma, percebe-se que a intervenção judicial é saudável, mas não pode ser executada irrestritamente e de forma infundada. Antes, é preciso realizar a análise do caso concreto, sobretudo no tocante ao impacto no orçamento público, sob pena de uma ingerência judicial maléfica e que prejudique o interesse da coletividade.

¹⁵⁰ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 107.

4. A COBERTURA PELO ESTADO DOS TRATAMENTOS DE SAÚDE NÃO REGULAMENTADOS

Ainda que os critérios listados no capítulo anterior sejam amplamente conhecidos, nota-se que as ações que visam a concessão de medicamentos têm sido amplamente acolhidas em juízo, utilizando como fundamento a aplicação direta do direito à saúde.

Tais ações garantem ao indivíduo, pelas vias judiciais, tratamentos – muitas vezes de uso contínuo – ainda que o medicamento não seja disponibilizado pela Administração Pública.

Isso ganha especial relevância no que concerne a tratamentos de doenças raras, que, via de regra, não possuem previsão na Política Nacional de Medicamentos, seja pelo alto custo das medicações, que torna inviável o seu fornecimento gratuito para toda a população, seja porque o tratamento da patologia foi recém descoberto e ainda não possui aprovação em território nacional.

Diante do grande número de demandas a respeito desse assunto, tornou-se necessária a participação do Supremo Tribunal Federal para decidir acerca do fornecimento de medicamentos considerados de alto custo que não sejam oferecidos pelo SUS ou que não possuam registro na ANVISA.

Nesse contexto, o Tribunal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, apreciando o Tema 500 em sede de Repercussão Geral, decidiu que o Estado não pode ser condenado a arcar com tratamentos que utilizam medicamentos experimentais ou sem registro na ANVISA, salvo em casos excepcionais. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a excessiva judicialização da matéria é prejudicial, tendo em vista que para cada liminar concedida, os valores são retirados das políticas públicas destinadas a toda coletividade¹⁵¹.

Na ocasião, fixou-se a tese de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais (aqueles que não possuem comprovação científica de

¹⁵¹ STF. **Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

eficácia e segurança) e que a ausência de registro na ANVISA impede, via de regra, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

A exceção para a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário seria apenas nas hipóteses em que houver mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro do medicamento. Ou seja, excepcionalmente é possível conceder o tratamento, quando se verificar no caso concreto que não foram respeitados os prazos fixados pela Lei 13.411/2016, que variam entre 90 e 365 dias, pois, nessas situações a inércia da ANVISA seria responsável por impedir que os pacientes tenham acesso aos medicamentos necessários, o que justificaria a intervenção judicial¹⁵².

Para tanto, devem ser preenchidos três requisitos: primeiramente, deverá existir um pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras¹⁵³. Além disso, deverá ser comprovada a ausência de substituto terapêutico com registro no Brasil para o tratamento do quadro clínico do paciente. Se houver outra opção terapêutica para o tratamento da doença constante da lista de medicamentos elaborada pelo SUS, tal opção deverá ser seguida, não podendo o Judiciário compelir o Poder Público a custear tratamento diverso. Por fim, o medicamento pleiteado deve possuir registro em outras agências reguladoras do exterior, que indiquem sua eficácia e segurança.

Dadas as explicações acima, é conveniente, neste ponto, trazer à baila a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente).

Em seguida, por maioria, fixou-se 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 (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016),

¹⁵² AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Tema 500 do STF: dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5839, 27 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74276>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

¹⁵³ A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA nº 205/2017 define que doença rara é aquela enfermidade que atinge até 65 pessoas a cada 100.000.

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”, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Plenário, 22.05.2019.¹⁵⁴

Assim, tem-se que o Estado não pode ser obrigado, por uma decisão judicial, a fornecer medicamentos não registrados, pois tal fornecimento desvirtua os recursos do orçamento destinado à saúde¹⁵⁵. As etapas para a inclusão de um tratamento na relação de medicamentos de distribuição obrigatória (RENAME) devem ser respeitadas, pois só assim tem-se atestada a eficácia, segurança, qualidade e custo-efetividade dos fármacos comercializados.

Nesses casos, em que o tratamento prescrito ainda não foi regulamentado, a própria Lei 8.080/90, em seu art. 19-P oferece uma solução, na linha do que recentemente decidiu o STF: na falta de diretrizes ou protocolos clínicos para determinada enfermidade, o fornecimento de medicamentos será feito com base nas relações já instituídas pelos gestores do SUS. Assim, quando o sistema de saúde não possuir previsão de tratamento para algum quadro clínico específico, a legislação determina que deve ser buscada uma alternativa terapêutica a partir dos medicamentos que já estiverem previstos na RENAME.

Isso porque é fundamental para as políticas públicas que as soluções conferidas aos casos concretos sejam padronizadas, na medida em que só assim será possível preservar o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema público de saúde, já que não existem recursos suficientes para tratar cada situação de maneira

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Roberto Barroso. 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>

¹⁵⁵ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica.** Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

individualizada¹⁵⁶. O fator econômico não pode ser ignorado, por mais valiosa que seja a saúde humana.

Dessa forma, ainda que uma nova tecnologia seja segura, eficaz e adequada, isso, por si só, não gera para o paciente o direito de obtê-la na via judicial, posto que as linhas de tratamento previamente definidas pelo SUS devem ser respeitadas¹⁵⁷. Ao determinar que somente serão fornecidos os medicamentos que já constam nas listas elaboradas pelos gestores públicos, o legislador buscou estabelecer que o orçamento do Estado será sempre respeitado, já que só serão custeadas as despesas previstas com antecedência. Uma determinação judicial que obrigue o Estado a custear qualquer medicamento que esteja fora das listas elaboradas pelas instâncias políticas prejudica a programação orçamentária do ente estatal e, com isso, toda a coletividade¹⁵⁸.

Posto em outros termos, se uma política pública foi formulada pelo governo eleito ou se está prevista em lei, a função do Judiciário é garantir que tais previsões sejam cumpridas. Não pode o Judiciário, contudo, criar novas políticas públicas, concedendo tratamentos que não têm regulamentação, tendo em vista que, de um ponto de vista global, tais concessões afetam o orçamento estatal¹⁵⁹.

Entretanto, é mais fácil conceder do que negar qualquer pedido de fornecimento de medicamentos. É que, a depender da gravidade da enfermidade enfrentada e da urgência do caso, o julgador sentirá o peso da responsabilidade de ter uma vida em suas mãos¹⁶⁰. De acordo com a situação posta a apreciação, negar um tratamento pode realmente significar condenar à morte uma pessoa cujo único

¹⁵⁶ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 118.

¹⁵⁷ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 119.

¹⁵⁸ CASTRO, Raineri Ramos Ramalho de. O fornecimento de medicamentos pelo Estado ao cidadão à luz do art. 196 da Constituição Federal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4090, 12 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29393>. Acesso em: 19 de outubro 2019.

¹⁵⁹ BRITO, Eduardo Valadares de. **Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e a vida**. Disponível em: <https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/160517042/medicamentos-e-o-dever-do-estado-de-tutelar-a-saude-e-vida>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

¹⁶⁰ LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 111.

crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento¹⁶¹.

Ocorre que, tão grave quanto negar um tratamento a todos os pacientes é concedê-lo para apenas alguns poucos que conseguiram obter uma ordem judicial favorável¹⁶², tendo em vista que isso viola o postulado da isonomia. Uma decisão judicial que concede tratamentos não regulamentados nada mais faz do que definir quem será ou não atendido, criando um privilégio que não se justifica na Constituição¹⁶³.

Não se pode ignorar o fato de que os valores que estão colidindo não são meramente de um lado o direito à vida e à saúde e, de outro, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Na verdade, os interesses contrapostos são muito mais o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros¹⁶⁴.

E é certo que, conforme afirma Juliano Heinen, um direito fundamental só é eficiente quando, no momento em que vai ser implementado, não prejudica o bem-estar dos demais¹⁶⁵. Assim, o direito fundamental a saúde precisará ser ponderado frente a outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, devendo ser aplicado na maior extensão possível, levando em consideração os limites fáticos e jurídicos existentes¹⁶⁶, para que não prejudique o direito da coletividade.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 13.

¹⁶² LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017, p. 121.

¹⁶³ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁶⁵ HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf. Acesso em 28 de setembro de 2019.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da**

4.1. A ponderação de princípios no contexto das demandas pleiteando tratamentos de saúde não regulamentados

Em se tratando de um direito tão essencial quanto o direito à saúde, certamente, não existe solução fácil no que concerne a possibilidade ou não de o Poder Judiciário obrigar o Estado a custear determinado tratamento. É que, como visto, essas situações envolvem uma contraposição entre interesses individuais e coletivos, de modo que uma sentença no sentido de fornecer determinado medicamento para um indivíduo, pode afetar o direito à saúde de vários outros, caso tal gasto não esteja previsto no orçamento estatal.

Segundo Robert Alexy, colisões de direitos fundamentais em sentido estrito nascem quando o exercício ou a realização deste direito por seu titular tem consequências negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares¹⁶⁷. Para o doutrinador, tal fenômeno somente pode ser solucionado se alguma limitação for efetuada e sacrifícios forem feitos¹⁶⁸.

Ademais, levando-se em consideração que as colisões de direitos fundamentais, são, na verdade, colisões entre princípios constitucionais, a solução também envolve o exercício da ponderação¹⁶⁹.

Isso porque, segundo a definição tradicional da teoria dos princípios, princípios são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na medida tão ampla quanto possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas¹⁷⁰. São, portanto, mandamentos de otimização, tendo como característica o fato de que podem ser cumpridos e preenchidos em graus distintos, de acordo com a dimensão de peso que

Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 68.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 73.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998, p. 75.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997, p. 86

assumem em situações específicas a partir dos elementos fáticos e jurídicos presentes na hipótese analisada¹⁷¹.

À vista disso, é preciso buscar uma compatibilização e harmonização dos bens jurídicos em jogo à luz do caso concreto¹⁷², para que a falta de recursos não afete a realização do mínimo existencial, impedindo a efetivação das exigências básicas para uma vida com dignidade¹⁷³.

O direito à saúde, então, não pode jamais ser aplicado na modalidade “tudo ou nada”¹⁷⁴. Antes, deve ser realizada uma hierarquização dos princípios e regras em rota de colisão, fazendo prevalecer os bens mais relevantes diante de uma situação específica¹⁷⁵. Em outras palavras, as pretensões relacionadas ao direito à saúde deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante uma ponderação¹⁷⁶, considerando os valores fundamentais envolvidos e a escassez de recursos destinados a concretização desses valores.

As decisões judiciais, portanto, devem ser proferidas com bom senso, sopesando os custos e as possibilidades para evitar que o direito à saúde deixe de ser efetivado nos moldes previstos pela ordem constitucional. É preciso abandonar uma visão puramente retórica da situação, para analisar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, sob um viés realista¹⁷⁷, impondo restrições na medida da

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁷² SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 14.

¹⁷³ FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia e Direito Público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

¹⁷⁵ SARLET. Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia, p. 14.

¹⁷⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007, p. 17.

¹⁷⁷ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 93.

necessidade. E determinar qual restrição de um direito fundamental é aceitável demanda, justamente, uma ponderação¹⁷⁸.

A grande vantagem de tal ponderação é que ela evita um esvaziamento dos direitos fundamentais, pois um fato que não pode ser alterado é que nem a Constituição, nem a lei, nem uma decisão judicial tem o efeito de criar os recursos necessários a implementação dos mandamentos nelas contidos¹⁷⁹, de forma que sem um posicionamento responsável por parte da sociedade e do Poder Público, o direito à saúde não passará de uma mera promessa constitucional¹⁸⁰.

Logo, a utilização da ponderação no momento da análise quanto a obrigatoriedade ou não de o Estado custear determinado tratamento de saúde possibilita um meio termo entre a vinculação do ente público ao direito à saúde previsto pela Carta da República e a flexibilização de tal direito no caso concreto, de sorte que nenhuma medida adotada tenha o condão de prejudicar as políticas públicas previamente definidas pelas instâncias políticas, conduzindo ao colapso do sistema público de saúde.

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático** – para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.

¹⁷⁹ ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012, p. 93.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia

CONCLUSÃO

Tratar sobre a concretização dos direitos sociais em meio a uma crise econômica, certamente, não é tarefa fácil. Tais direitos foram conquistados através de muita luta, que fizeram com que o cenário vislumbrado hoje no ordenamento jurídico brasileiro fosse promissor.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu texto, uma ampla gama de direitos que devem ser assegurados à população, ocupando a décima posição no *ranking* dos 190 (cento e noventa) países com relação ao critério das constituições mais garantistas¹⁸¹.

Além de direitos individuais – como direito ao voto, à liberdade e à propriedade – a Carta Magna ainda prevê uma série de outros benefícios sociais, como acesso à educação, ao transporte, à moradia e à saúde, o que faz com que alguns afirmem que seu catálogo de direitos é generoso e seu programa de seguridade social ambicioso¹⁸².

Muito embora não se questione neste trabalho a relevância dessas garantias constitucionais, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde, defende-se que a aplicação prática de tais direitos deve ser feita mediante ponderação.

É que, um fato que não pode ser ignorado é que os direitos possuem custos para a sua efetivação e tais custos implicam a existência de limites na atuação do Estado. Ainda que um direito seja constitucionalmente previsto, não há como garantir sua efetividade caso não existam recursos disponíveis para tanto.

Assim, sendo a saúde um dos direitos mais dispendiosos, não há como assegurar sua implementação de forma integral para toda a população, vez que isto depende diretamente do aporte de recursos materiais e humanos que são fatores essencialmente escassos.

Por conta disso, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, através de uma atuação conjunta, definem as prioridades a serem alcançadas pelo Estado, planejando as políticas públicas de acordo com as necessidades existentes e o

¹⁸¹ CPP. **Constitution Rankings** – Comparative Constitutions Project. Disponível em: <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/#indices>. Acesso em 18 de outubro de 2019.

¹⁸² VALE, André Rufino do. *In* Schreiber, Mariana. **30 anos da Constituição**: a Carta Magna brasileira é generosa demais? Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45754119>. Acesso em 18 de outubro de 2019.

orçamento disponível. Os gestores públicos, então, têm sua atividade regida pela reserva do possível, devendo constantemente efetuar escolhas que sejam capazes de beneficiar o maior número possível de indivíduos, ainda que, para isso, precisem excluir algumas situações específicas.

Com relação especificamente ao fornecimento de tratamentos e medicamentos, a Lei 8.080/90 definiu que a assistência será realizada mediante a elaboração de protocolos clínicos, tanto para o diagnóstico quanto para o tratamento das enfermidades, o que ensejou a elaboração da Política Nacional de Medicamentos, que prevê exatamente quais medicamentos terão o fornecimento gratuito e obrigatório.

Entretanto, evidentemente, a lista elaborada pelos gestores públicos não é capaz de abarcar a totalidade dos tratamentos disponíveis para toda e qualquer doença existente, o que faz com que um particular, titular do direito à saúde, que eventualmente necessite de um tratamento específico não regulamentado pela Política Nacional de Medicamentos, recorra ao Poder Judiciário na tentativa de ser amparado.

Essa prática reiterada criou o fenômeno da Judicialização da Saúde, caracterizado pela interferência do Judiciário neste setor sempre que o Estado, supostamente, foi omissivo em seu dever constitucional previsto pelo art. 196.

Ocorre que tal fenômeno pode ter implicações perigosas. Percebe-se a tendência dos tribunais pátrios de aplicarem diretamente o direito à saúde, concedendo qualquer tipo de tratamento pleiteado pelos cidadãos, ainda que de alto custo, independentemente dos impactos financeiros que suas decisões são capazes de gerar na sociedade. Olvida-se, na maioria das vezes, que o direito à saúde deve ser efetivado mediante políticas públicas, destinadas a toda coletividade e que, ao julgar procedente este tipo de demanda, está-se efetivando este direito de maneira individual.

A consequência preocupante disso é justamente o fato de que, ao obrigar o Estado a custear o tratamento de um indivíduo, o Poder Judiciário interfere no planejamento feito pelos Administradores Públicos, desviando valores que já possuíam destinação específica para serem empregados no atendimento das

necessidades de uma só pessoa, colocando em risco o sistema de saúde, em detrimento da sociedade como um todo.

O que aqui se defende é que, sem embargo o direito à saúde seja regido pelo princípio da integralidade, que determina que o atendimento das necessidades da população na promoção da saúde e tratamento de doenças deve ser integral, de maneira a não excluir nenhuma patologia, tal direito também é regido pelo princípio da universalidade, que garante que a saúde deve ser assegurada a toda a população de forma igualitária.

Assim, sempre que a concretização individual do direito à saúde colocar em risco a efetivação de tal direito em uma perspectiva coletiva, pelo princípio da universalidade deverá se privilegiar a alocação de recursos que faça prevalecer o atendimento global das necessidades da população, tendo em vista que universal é aquilo que é de todos.

Nesse sentido, os julgadores devem analisar os impactos econômicos que suas decisões irão gerar na sociedade antes de conceder ou negar algum tipo de tratamento, para evitar que o fenômeno da Judicialização da Saúde conduza ao colapso do SUS.

A conclusão, portanto, é que nenhum direito cuja efetividade demanda um gasto dos valores arrecadados pelo Estado pode ser protegido de maneira absoluta pelo Judiciário, à revelia das consequências orçamentárias, o que se aplica também ao direito à saúde.

Por mais ingrata que seja a tarefa dos julgadores, que estarão diante de situações em que vidas estão em jogo, não se pode simplesmente ignorar as limitações fáticas. As decisões judiciais devem ser proferidas sopesando custos e possibilidades, para evitar que ou o direito à saúde seja reduzido a mera promessa constitucional ou sua aplicação irrestrita prejudique as políticas públicas previamente definidas pelas instâncias políticas.

A ponderação, como dito, permite alcançar um meio termo entre a vinculação do ente público ao direito à saúde e a flexibilização de tal direito no caso concreto, para que os gastos públicos com a saúde sejam feitos com a maior eficiência possível, beneficiando o maior número de pessoas e gerando os menores danos à coletividade.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 57, maio/ago 2012.

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) no dia 07 de dezembro de 1998.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático** – para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Palestra inaugural da comemoração dos cem anos da Faculdade de Direito da UFRGS, proferida no dia 09 de dezembro de 1998 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFRGS.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, 1997.

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Tema 500 do STF: dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5839, 27 jun. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74276>.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

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

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. *In: Temas de Direito Constitucional*, Vol. 3.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 de agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 22 de agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715/SP. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 03/02/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). Recurso Extraordinário nº 810.603/PE. Rel. Min. Carmén Lúcia, 10 de junho de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25122725/recurso-extraordinario-re810603-pe-stf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Rel. Min. Marco Aurélio, Redator para o Acórdão Min. Roberto Barroso. 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>

BRITO, Eduardo Valadares de. **Medicamentos e o dever do Estado de tutelar a saúde e a vida**. Disponível em: <https://nandaninna.jusbrasil.com.br/artigos/160517042/medicamentos-e-o-dever-do-estado-de-tutelar-a-saude-e-vida>.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources**. New York: Norton & Company, 1978.

CARDOSO, Camila Daros. Ações de concessão judicial de medicamentos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2464, 31 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14609>. Acesso em 22 setembro 2019.

CARVALHO, Raquel Urbano Melo de. **Curso de Direito Administrativo – parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CASTRO, Raineri Ramos Ramalho de. O fornecimento de medicamentos pelo Estado ao cidadão à luz do art. 196 da Constituição Federal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4090, 12 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29393>.

CASTRO. Henrique Monteiro Hoffmann de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo – Justiça e Pesquisa. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019.

CPP. **Constitution Rankings** – Comparative Constitutions Project. Disponível em: <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/#indices>.

DA ROCHA, Álvaro Filipe Oxley. O Judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas. *In*: STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. 1ª Ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

FALSARELLA, Christiane Mina. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. *In*: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia e Direito Público (aspectos processuais, constitucionais, tributários e trabalhistas)**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **De quem é o SUS?**. Folha de São Paulo, 20/12/2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988* – Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos** – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GASPARDO, Murilo. Judicialização do fornecimento de medicamentos: entre a concretização e a violação do direito à saúde. *In*: **Temas de Direito Público**. Disponível em: https://www.academia.edu/10327143/Judicializa%C3%A7%C3%A3o_do_Fornecimento_de_Medicamentos_entre_a_Concretiza%C3%A7%C3%A3o_e_a_Viola%C3%A7%C3%A3o_do_Direito_%C3%A0_Sa%C3%BAde.

HEINEN, Juliano: **O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica**. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**. Why liberty depends on taxes. New York: W.W.Norton, 2000.

IBGE. **Resolução nº 3 de 26 de agosto de 2019**. Diário Oficial da União. Edição 166. Publicado em 28/08/2019. <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-3-de-26-de-agosto-de-2019-212912380>.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, n. 212, abr/jun, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde: por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum.

LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 54, n. 216, p. 105-130, out./dez. 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. 2ª Ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, a. 5, n. 18, jul/set, 2007.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Tradução da 2ª Ed original Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. Audiência Pública – saúde. (Palestras de abertura e encerramento). Data: 27 abr. 2009. Local: STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronogram>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OHLAND, Luciana. **Reponsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos**. v. 36. n. 1. Porto Alegre: Direito & Justiça, 2010.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

ONU. Declaração universal dos direitos humanos, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>.

ORDACGY, André Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista da Defensoria Pública da União**. Número 01. 2009. Brasília, Distrito Federal. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/185/162>.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de informação legislativa**. V. 49, Número 193 (jan/mar. 2012). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>.

SANT'ANA, João Maurício Brambati *et al*. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. **Revista Panam Salud Publica**, v. 29, n. 2, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista brasileira de direitos fundamentais & justiça**, v. 1, n. 1, out/dez, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Número 11. Setembro/outubro/novembro 2007. Salvador, Bahia.

SCAFF, Fernando Facury. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. Quartier Latin.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Org. Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STF. **Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>.

VALE, André Rufino do. *In* Schreiber, Mariana. **30 anos da Constituição**: a Carta Magna brasileira é generosa demais? Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45754119>.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, jul/dez 2008.