

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, ESTADO E
CONSTITUIÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO**

**A EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL:
alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)**

JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

Brasília

2020



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, ESTADO E
CONSTITUIÇÃO
DOUTORADO EM DIREITO**

JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

**A EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL:
alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UnB), como parte dos requisitos exigidos para a obtenção ao grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Farranha Santana

Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia

Brasília

2020

JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

**A EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL:
alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UnB), como parte dos requisitos exigidos para a obtenção ao grau de Doutor em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Farranha Santana

Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Farranha Santana, Orientadora (FD/UnB)

Prof.^a Dr.^a Janaína Lima Penalva da Silva (FD/UnB – Membro titular)

Prof.^a Dr.^a Sílvia Badim Marques (FCE/UnB – Membro titular externo)

Prof. Dr. José Lourenço Alves (MP/SP – Membro titular externo)

Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues (FD/UnB – Membro suplente)

AGRADECIMENTOS

Iniciei o doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) em 2016, enquanto ocupava o posto de coordenador em exercício da política pública de regulação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), no então Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).

Destaco essa passagem, pois não foi nada fácil atuar academicamente passando por uma conjuntura de impeachment que impactou de forma direta nosso ambiente de trabalho. Tive que, dolorosamente, presenciar na gestão pública as angústias e apreensões de vários colegas e a consequente suspensão de políticas públicas discutidas e planejadas no âmbito do nosso Ministério.

Dessa forma, as pessoas que agradecerei talvez não tenham a mínima ideia da importância que tiveram em minha vida nesse período extremamente conturbado de nosso contexto político nacional.

Primeiramente, agradeço à minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Farranha, que conheci quando me matriculei em sua disciplina “Direito e Políticas Públicas”. Fiquei encantado com sua didática, senso crítico e comprometimento pedagógico. Sempre levarei comigo seu exemplo de profissionalismo, dedicação e companheirismo, uma Professora com “P” maiúsculo que me orientou com seriedade e disciplina, sem perder a leveza e o bom humor. Meu muito obrigado, de coração!

À Prof.^a Dr.^a Maria Célia Delduque, que conheci há mais de 10 anos como minha chefe no Programa de Direito Sanitário (Prodisa) da Fundação Oswaldo Cruz em Brasília (Fiocruz/Brasília), tornando-se grande incentivadora e responsável por minha trajetória no Direito à Saúde. Foi uma imensa honra contar com sua participação em minha banca de qualificação, suas sugestões trouxeram importantes aportes a esta pesquisa.

À Prof.^a Dr.^a Janaína Penalva, pelas ricas discussões sobre este trabalho em suas aulas de metodologia jurídica. Agradeço-lhe também pelas sugestões durante a banca de qualificação, assim como por ter aceitado o convite para participar da banca derradeira.

À Prof.^a Dr.^a Sílvia Badim Marques, sempre companheira de primeira hora em toda a minha trajetória no Direito Sanitário. Foi minha orientadora na Especialização em Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz/Brasília), participando também como membro titular da minha banca de dissertação do Mestrado em Política Social nesta mesma Universidade de Brasília (UnB). E, agora, fecharei com chave de ouro essa minha

trajetória, tendo-a como integrante da minha banca de doutorado. Muito obrigado por tudo, querida Sílvia, por sempre contar com sua parceria durante todos esses anos.

Ao Prof. Dr. José Lourenço Alves, por ter aceitado participar da minha banca de doutorado, agradeço muitíssimo a disponibilidade e as contribuições ao tema suscitado!

Ao Prof. Dr. Guilherme Scotti, por ter aceitado participar como membro suplente.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB) que me marcaram profundamente com suas aulas, conversas e conselhos: Ana Cláudia Farranha (sempre!), José Geraldo de Sousa Júnior, Menelick de Carvalho e Janaína Penalva.

Aos funcionários da secretaria do programa de Pós-Graduação em Direito da UnB, especialmente à querida Euzilene, que tanto me auxiliou nessa caminhada, esclarecendo várias dúvidas e resolvendo essenciais questões burocráticas, várias vezes por meio de ligações telefônicas entre Porto Alegre e Brasília.

Ao querido livreiro Chiquinho, patrimônio da UnB, sempre pronto para fornecer dicas de leitura, com sinopses, crônicas e lançamentos na ponta da língua. Agradeço-lhe na dissertação e volto a agradecer-lhe nesta tese. Obrigado, Chiquinho!

Aos colegas de pós-graduação: Paulo Fernando, Murilo Bataglia, José Albenes, Antônio Escrivão (Tuco), Juliana Miranda, Edvaldo Moita, Bruno Lima e Mateus Tomaz, pelas discussões e aprendizados.

Aos integrantes do Direito Achado na Rua (DANR), pela importância de se manter acesa a chama do pensamento jurídico crítico, dentro e fora das universidades. Tenho muito orgulho, nesse período do doutorado, de ter sido um dos premiados no concurso de monografias jurídicas em homenagem a Roberto Lyra Filho, patrono do DANR.

Ao Programa de Direito Sanitário (Prodisa) da Fundação Oswaldo Cruz em Brasília (Fiocruz/Brasília), casa onde aprendi a importância do Sistema Único de Saúde (SUS). Sem o Prodisa em minha vida, fatalmente não teria enveredado pelo caminho do Direito à Saúde. Agradeço ao trio que me inspirou e continua me inspirando nessa caminhada: Prof.^a Dr.^a Maria Célia Delduque, Prof.^a Dr.^a Sandra Mara Campos Alves e Prof.^a Dr.^a Sílvia Badim Marques, referências nacionais no debate sobre o direito à saúde no Brasil. Sinto imenso privilégio e gratidão por sempre aprender com vocês!

Aos companheiros do Prodisa, Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes) e Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) que conheci durante todos esses anos: Grazielle Custódio David, Luís Bernardo Bieber, Martinho Silva, Roberta Freitas, Marco

Aurélio Torronteguy, Gabrielle Kolling, Agustin Carignani e Luiz Carlos Romero, pessoas imprescindíveis na luta contínua pela efetivação do SUS Constitucional.

Aos integrantes da Associação Nacional da Carreira de Desenvolvimento de Políticas Sociais (ANDEPS), especialmente aos meus colegas Analistas Técnicos de Políticas Sociais (ATPS), que fazem parte de tão combativa carreira do serviço público federal, sempre disposta a atuar em prol da efetivação das políticas públicas e dos direitos fundamentais sociais, seguindo como baliza o Estado Democrático e Social de Direito em nosso país.

Aos amigos ATPS's Valdênia Souza (Val), Mônica Alves, Renato Roseno, Raquel Martins, André Yosan e Robert Gouveia, pelas conversas politizadas, irreverentes e animadas! Agradeço especialmente à minha querida Val, por sempre me receber tão bem no seu apê em Brasília. Meu muito obrigado, minha amiga!

Às chefias do Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) e da Defensoria Pública da União (DPU/RS) pela sensibilidade e compreensão por este meu momento de atuação acadêmica. Conciliar a conclusão do doutorado com o dia a dia do trabalho é tarefa hercúlea, mas que ficou um pouco mais agradável com as manifestações de apoio de minhas chefias imediatas. Grato também aos colegas de trabalho, que foram solidários nessa caminhada. Obrigado!

À socióloga da DPU/RS, Laura Zacher, por ter me emprestado livro sobre metodologias de pesquisa e por me acompanhar em almoços discutindo políticas públicas e direitos sociais.

A todos os ex-estagiários e estagiários do Núcleo de Saúde da DPU/RS: Leonardo, Lucas, Dayanne, Ana Paula, Natália, Almiro e Gabriela; o futuro os espera, serão excelentes profissionais!

Aos novos amigos que me acolheram em Porto Alegre/RS: o maravilhoso casal Lu e William, pelas conversas descontraídas que varam a madrugada, sempre regadas a ótimos vinhos e culinária “padrão Papi de qualidade”. Uma honra contar com o convívio de vocês!

Ao querido casal Vanessa e Diego, pela acolhida fraternal e pelos conhecimentos sobre o cinema gaúcho (Salve Odilon!) e sobre o futebol de raiz jogado nos pampas (Salve o Áureo-Celúreo!).

À minha irmãzinha Jacqueline, por ser minha companheirinha de vida e por guardar documentos acadêmicos importantes para mim. Valeu, Jack! E ao José Carlos (Fio), pelos papos futebolísticos sobre a série D, regados a muita cerveja! E ao meu sobrinho lindo João Vítor!

Ao amor da minha vida, minha confidente e parceira para todas as horas, minha querida e amada Dani, que sempre guarda um tempinho para ler, revisar e dar sugestões valiosíssimas sobre o que escrevo, mesmo sendo uma grande estudiosa de outra área de atuação (cinema e Escola de Frankfurt). Para você, meu amor, um poema do grande Neruda, lembrando nossa viagem pelo interior de suas casas em nosso efervescente país-irmão:

*“Te amo como la planta que no florece y lleva
dentro de sí, escondida, la luz de aquellas flores, y
gracias a tu amor vive oscuro en mi cuerpo el
apretado aroma que ascendió de la tierra.”*

RESUMO

Objetiva-se analisar, criticamente, a trajetória do direito constitucional à saúde no Brasil, inserida no ramo do Direito Sanitário, com a finalidade de consolidação normativa do Sistema Único de Saúde (SUS). Para esse empreendimento, buscou-se primeiramente relacionar o direito à saúde constitucionalizado, representado pela doutrina jurídica, e o direito à saúde judicializado, explicitado por meio da jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Logo após, descrevem-se os impactos trazidos pelos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no contexto do direito constitucional à saúde. E, por fim, apresentam-se alternativas jurídicas com a finalidade de consolidação constitucional do direito à saúde por meio do SUS. Essas alternativas jurídicas se dividem em a) alternativas jurídico-políticas, representadas pelo princípio da proibição do retrocesso social e da interpretação do direito à saúde como um direito de relevância pública; e, b) alternativas jurídico-econômicas, representadas pela proposta do imposto sobre grandes fortunas e a auditoria constitucional da dívida. A metodologia utilizada durante este trabalho pode ser caracterizada como quali-quantitativa, já que utilizou-se de coleta de dados no sítio eletrônico do STF para pesquisa e análise de decisões judiciais – jurisprudência da corte – assim como revisão bibliográfico-doutrinária, com a seleção dos principais documentos científicos sobre o Direito à Saúde no Brasil.

Palavras-chave: Direito Constitucional à Saúde. Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Relevância Pública. Imposto sobre Grandes Fortunas. Auditoria da Dívida. Sistema Único de Saúde. Políticas Públicas de Saúde.

ABSTRACT

The objective is to critically analyze the trajectory of the constitutional right to health in Brazil, inserted in the field of Health Law, with the purpose of normative consolidation of the Unified Health System (SUS). For this endeavor, it was first sought to relate the constitutionalized right to health, represented by legal doctrine, and the right to judicialized health, made explicit through the jurisprudence produced by the Federal Supreme Court (STF). Following, the impacts of the principles of the reserve of the possible and the existential minimum in the context of the constitutional right to health. And, finally, legal alternatives are presented with the purpose of constitutional consolidation of the right to health through the SUS. These legal alternatives are divided into: a) legal-political alternatives, represented by the principle of the prohibition of social regression and the interpretation of the right to health as a right of public relevance; and, b) legal-economic alternatives, represented by the proposed wealth tax and the constitutional debt audit. The general methodology used during this work can be summarized as qualitative and quantitative, since it was used data collection on the STF website for research and analysis of court decisions - court jurisprudence - as well as bibliographic-doctrinal review, with selection of the main scientific documents on the Right to Health in Brazil.

Keywords: Constitutional Right to Health. Reserve of the Possible. Existential Minimum. Principle Prohibiting the Social Regression. Public Relevance. Wealth Tax. Debt Audit. Unified Health System. Health Public Policy.

RESUMÉN

El objetivo es analizar críticamente la trayectoria del derecho constitucional a la salud en Brasil, insertado em el campo del Derecho Sanitario, con el propósito de la consolidación normativa del Sistema Único de Salud (SUS) brasileño. Para este esfuerzo, primero se buscó relacionar el derecho constitucionalizado a la salud, representado por la doctrina jurídica, y el derecho a la salud judicializado, explicitado a través de la jurisprudência producida por la Corte Suprema Federal (STF). A continuación, se describen los impactos de los principios de la reserva del posible y el mínimo existencial em el contexto del derecho constitucional a la salud. Y, finalmente, se presentan alternativas jurídicas com el propósito de la consolidación constitucional del derecho a la salud a través del SUS. Estas alternativas jurídicas se dividen en: a) alternativas jurídico-políticas, representadas por el principio de la prohibición de la regresividad y la interpretación del derecho a la salud como um derecho de relevancia pública; y, b) alternativas jurídico-económicas, representadas por el impuesto sobre las grandes fortunas y la auditoria constitucional de la deuda. La metodología general utilizada durante este trabajo puede resumirse como cualitativa y cuantitativa, ya que se utilizo la recopilación de datos em el sitio web de STF para la investigación y el análisis de las decisiones judiciales (jurisprudencia judicial), así como la revisión bibliográfica-doctrinal, com selección de los principales documentos científicos sobre el derecho a la salud en Brasil.

Palabras-Clave: Derecho Constitucional a la Salud. Reserva de lo Posible. Mínimo Existencial. Princípio de la Prohibición de Regressividad. Relevancia pública. Impuesto sobre las Grandes Fortunas. Auditoría de la Deuda. Sistema Único de Salud. Políticas Públicas de Salud.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Evolução do Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância) – Saúde Pública e Saúde Suplementar.....	61
Figura 2 - Evolução do Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância) – Saúde Pública e Saúde Suplementar.....	61
Figura 3 - Aplicação de Recursos em Ações e Serviços de Políticas de Saúde – ASPS pelos entes da Federação.....	151
Figura 4 - Piso deslizante da EC 95.....	157

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Evolução do gasto da União com medicamentos judicializados	62
Gráfico 2 - Ministério da Saúde (MS): execução do gasto total por fonte de recursos, CPMF e demais fontes (1995 – 2011).....	146
Gráfico 3 - Financiamento Federativo: mudança estrutural	150
Gráfico 4 - Composição do gasto público com saúde por esfera de governo 2003-2015, % do total	150
Gráfico 5 - Brasil – Desigualdades medidas pelos índices de Gini da renda total, pela proporção de domicílios em situação de pobreza, pela proporção da renda nacional recebida pelos 40% mais pobres e pelo 1% mais rico – 1976-2015	253
Gráfico 6 - Orçamento Federal Executado (pago) em 2018.....	270
Gráfico 7 - Orçamento Geral da União – Gastos selecionados (R\$ milhões)	271
Gráfico 8 - Equador – resultado da auditoria	283

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Quatro fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil: principais julgados.....	33
Tabela 2 - Quatro fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil: principais julgados.....	45
Tabela 3 - Ideias centrais dos discursos proferidos na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde	92
Tabela 4 - Principais Avanços Normativos Promovidos pelo Fórum da Saúde – CNJ.....	105
Tabela 5 - Principais obras acadêmicas sobre o princípio da reserva do possível – 2008 a 2018	127
Tabela 6 - EC 95 x EC 86 (15% RCL): impacto financeiro (valores em bilhões)	158
Tabela 7 - Influência da ADPF 45/DF nos acórdãos sobre o mínimo existencial.....	174
Tabela 8 - Obras Acadêmicas Sobre o Mínimo Existencial – pós-Constituição Federal – 1989-2017.....	185
Tabela 9 - Proposta de tributação da CSGF inserida pelo art. 6º do PLP 10/2015	267

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Elementos de Formação do Conceito do Direito à Saúde Constitucionalizado no Brasil – CF/88 e Lei 8.080/1990	58
Quadro 2 - Principais Julgados da 2ª Fase de Decisões do STF – Absolutização da Saúde	71
Quadro 3 - Principais Julgados da 3ª Fase de Decisões do STF – Custo dos Direitos.....	77
Quadro 4 - Principais Acontecimentos Jurídicos da 4ª Fase de Decisões do STF – MBE ..	84
Quadro 5 - Elementos de Formação do Conceito Jurisprudencial do Direito à Saúde	108
Quadro 6 - Violações Constitucionais da EC 95/2016.....	154
Quadro 7 - Linha do tempo – Mínimo Existencial na Jurisprudência do STF.....	172
Quadro 8 - Características contrastadas dos modelos de cobertura universal de saúde (UHC) e sistema universal de saúde (UHS)	208
Quadro 9 - Retrocessos Sociais implementados pela EC 95/2016.....	232
Quadro 10 - Retrocessos Sociais implementados pela Cobertura Universal de Saúde – UHC	233
Quadro 11 - Proposições Legislativas para regulamentação do IGF – Congresso Nacional (1989-2019).....	254

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva
AC – Acre
ACA – Affordable Care Act
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AgR – Agravo Regimental
AgR em AI – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
AgR no RE – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
AgR no RE com AG – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo
AgR na STA – Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada
AgR na SL – Agravo Regimental na Suspensão de Liminar
AGU – Advocacia Geral da União
AI – Agravo de Instrumento
AI-5 – Ato Institucional nº 5
AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
AIE – Aparelho Ideológico do Estado
AL – Alagoas
AM – Amazonas
AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros
ANIS – Instituto de Bioética
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP – Amapá
APS – Atenção Primária em Saúde
ARE – Agravo Regimental
ART - Artigo
ASPS – Ações e Serviços Públicos de Saúde
BA – Bahia
BCE – Banco Central Europeu

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

BM – Banco Mundial

BSPN – Balanço do Setor Público Nacional

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CAIC – Comissão para a Auditoria Integral do Crédito Público da República do Equador

CAMED – Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

CAPEX – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

CAPS – Centro de Atenção Psicossocial

CE – Ceará

CEBES – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário

CF – Constituição Federal

CFESS – Conselho Federal de Serviço Social

CFM – Conselho Federal de Medicina

CFO – Conselho Federal de Odontologia

CITEC – Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNM – Confederação Nacional de Municípios

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CNRS – Comissão Nacional de Reforma Sanitária

CNS – Conferência Nacional da Saúde

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CNSS – Conselho Nacional de Seguridade Social

COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

CONASEMS – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde

CONASS – Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde

CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

CPDOC – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas

CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CSGF – Contribuição Social das Grandes Fortunas

CSGF – Contribuição Social sobre Grandes Fortunas

CSLL – Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido

CSS – Contribuição Social à Saúde

CUS – Cobertura Universal de Saúde

DEM – Democratas

DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

DF – Distrito Federal

DGITS – Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde do Ministério da Saúde

DJ – Diário da Justiça

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

DL – Decreto-Lei

DMP – Departamento de Medicina Preventiva

DPU – Defensoria Pública da União

DRU – Desvinculação de Receitas da União

DSS – Determinantes Sociais da Saúde

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

EBSERH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares

EC – Emenda Constitucional

EMB DECL. – Embargos Declaratórios

ENSP – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – Brasil

ES – Espírito Santo

ESF – Estratégia Saúde da Família

EUA – Estados Unidos da América

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador

FEF – Fundo de Estabilização Fiscal

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz

FMI – Fundo Monetário Internacional

FNS – Fundo Nacional de Saúde

FSE – Fundo Social de Emergência

G7 – Grupo dos Sete Países mais Industrializados do Mundo

GO – Goiás

GT – Grupo de Trabalho

HCOR – Hospital do Coração de São Paulo

HCPA – Hospital de Clínicas de Porto Alegre

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa

IOF – Imposto sobre Operações Financeiras

IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada

ISGF – Imposto sobre Grandes Fortunas

J. – Julgamento em.

LC – Lei Complementar

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentária Anual

LOS – Lei Orgânica da Saúde

LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal

MARC – Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos

MBE – Medicina Baseada em Evidências

MC – Medida Cautelar

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

MG – Minas Gerais

Min. - Ministro

MOC – Projeto Montes Claros

MP – Medida Provisória

MPF – Ministério Público Federal

MRSB – Movimento da Reforma Sanitária Brasileira

MS – Mandado de Segurança

MS – Ministério da Saúde

MT – Mato Grosso

NAT - JUS – Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário

NCz – Cruzados Novos

NOB – Norma Operacional Básica

NRF – Novo Regime Fiscal

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ODM – Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

OEА – Organização dos Estados Americanos

OGU – Orçamento Geral da União

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONG – Organização Não-Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde

OS – Organização Social

OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

OSS – Orçamento da Seguridade Social

PA - Pará

PACS – Programa de Agentes Comunitários de Saúde

PAEF – Plano de Ajustamento Econômico e Financeiro

PB – Paraíba

PCCS – Plano de Carreiras, Cargos e Salários

PC do B – Partido Comunista do Brasil

PCDT – Protocolo Clínico de Diretrizes Terapêuticas

PDRE – Plano Diretor da Reforma do Estado

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PE – Pernambuco

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

PET – Petição

PGR – Procuradoria Geral da República

PHS – Partido Humanista da Solidariedade

PI – Piauí

PIASS – Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento

PIB – Produto Interno Bruto

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIIGS – Portugal, Irlanda, Itália, Grécia e Espanha
PLDO – Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias
PLEN – Plenário
PLP – Projeto de Lei Complementar
PLS – Projeto de Lei de Iniciativa do Senado Federal
PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PND – Plano Nacional de Desenvolvimento
PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PP – Partido Progressista
PPACA – Patient Protection and Affordable Care Act
PR – Paraná
PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
PSB – Partido Socialista Brasileiro
PSD – Partido Social Democrático
PSOL – Partido Socialismo e Liberdade
PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira
PSV – Proposta de Súmula Vinculante
PT – Partido dos Trabalhadores
PTB – Partido Trabalhista Brasileiro
PUC/RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
PV – Partido Verde
RCB – Receita Corrente Bruta
RCL – Receita Corrente Líquida
RE – Recurso Extraordinário
REL. – Relator
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REMUME – Relações Municipais de Medicamentos
Resp. – Recurso Especial
RFB – Receita Federal do Brasil
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RI – Regimento Interno
RJ – Rio de Janeiro

RMS – Recurso em Mandado de Segurança
RN – Rio Grande do Norte
RO – Rondônia
RR – Roraima
RS – Rio Grande do Sul
S/A – Sociedade Anônima
SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
SC – Santa Catarina
SciELO – Scientific Electronic Library Online
SE – Sergipe
SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
SESC – Serviço Social do Comércio
SESI – Serviço Social da Indústria
SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SNS – Serviço Nacional de Saúde
SIOPS – Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde
SJ – Sistema de Justiça
SL – Suspensão de Liminar
SNS – Serviço Nacional de Saúde de Portugal
SP – São Paulo
SS – Suspensão de Segurança
STA – Suspensão de Tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUAS – Sistema Único de Assistência Social
SUDS – Sistema Único Descentralizado da Saúde
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União
TFD – Tratamento Fora de Domicílio
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
UBS – Unidade Básica de Saúde
UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul

UHC – Universal Health Coverage

UHS – Universal Health System

UnB – Universidade de Brasília

UNICAMP – Universidade Estadual de Campinas

UPA – Unidade de Pronto Atendimento

URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

USP – Universidade de São Paulo

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

WHO – World Health Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	27
1 A TRAJETÓRIA DO CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: da constituição à judicialização	43
1.1 ORIGEM E CONSOLIDAÇÃO DO CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE: uma evolução normativo-institucional via constituição federal de 1988	46
1.1.1 O Conceito Internacional do Direito à Saúde	47
1.1.2 O Direito à Saúde no Brasil: a importância da redemocratização e do movimento da reforma sanitária para a formação do Sistema Único de Saúde (SUS)	50
1.1.3 A Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil	54
1.2 AS QUATRO FASES DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: o conceito judicializado	59
1.2.1 Justificativas para o Estudo da Judicialização da Saúde no Brasil	60
1.2.2 Do Conceito de Judicialização	63
1.2.3 As fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Judicialização da Saúde no Brasil: construindo um conceito judicializado de direito à saúde	66
1.2.3.1 1ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Não-Ativismo	68
1.2.3.2 2ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Absolutização da Saúde	70
1.2.3.3 3ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial	76
1.2.3.4 4ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – Medicina Baseada em Evidências (MBE)	83
1.3 O CONCEITO JUDICIALIZADO DE DIREITO À SAÚDE	106
1.4 A INTERAÇÃO COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALIZADO E O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE JUDICIALIZADO: uma tensa e necessária relação	108

2 RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: do subfinanciamento crônico ao desfinanciamento da política pública de saúde	112
2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA RESERVA DO POSSÍVEL: especulando sobre seu valor normativo	113
2.1.1 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Cláusula Aberta	115
2.1.2 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Integradora dos Direitos Fundamentais Prestacionais	117
2.1.3 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Princípio	118
2.2 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: as origens germânicas	120
2.2.1 O Advento do Princípio da Reserva do Possível no Brasil: a análise doutrinária brasileira	123
2.2.2 O Princípio da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal – uma análise jurisprudencial brasileira	131
2.2.3. Sobre o conceito e a natureza jurídica da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal	137
2.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: um retrocesso sanitário?	139
2.4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O FINANCIAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: uma análise inovadora no campo jurídico.....	143
2.5 DO SUBFINANCIAMENTO AO DESFINANCIAMENTO INTEGRAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: uma análise sobre a emenda constitucional 95/2016, que implantou o teto dos gastos no Brasil	153
3 MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: da concepção universal à concepção restrita de saúde pública	162
3.1 A NATUREZA JURÍDICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: especulando sobre seu valor normativo	163
3.1.1 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Três Vertentes de um Direito: direito adscrito, direito híbrido e um direito sobre direitos	163
3.1.1.1. Primeira Vertente: o mínimo existencial como um direito adscrito.....	164

3.1.1.2 Segunda Vertente: o mínimo existencial como um direito híbrido.....	164
3.1.1.3 Terceira Vertente: o mínimo existencial como um direito sobre direitos ..	165
3.1.2 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Regra	166
3.1.3 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Princípio	168
3.2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO MÍNIMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO BRASIL: o mínimo existencial judicializado.....	170
3.3 DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: a construção do conceito na doutrina jurídica.....	179
3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: afinal, mais um retrocesso sanitário?	193
3.5 POR UM DIREITO AO BÁSICO SOCIAL: uma alternativa ao termo “mínimo existencial”	197
3.6 A COBERTURA UNIVERSAL DE SAÚDE (UHC) COMO EXEMPLO DE MÍNIMO EXISTENCIAL SANITÁRIO: um desafio para os sistemas universais e para o nosso Sistema Único De Saúde (SUS)	200
3.6.1 Histórico da Proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC): uma ideia dos organismos internacionais.....	201
3.6.2 O Conceito da Cobertura Universal de Saúde (UHC): um mínimo existencial sanitário	204
4 ALTERNATIVAS CONSTITUCIONAIS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: afirmando o direito à saúde	212
4.1 DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL	213
4.1.1 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Alemanha	216
4.1.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Itália	218
4.1.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social em Portugal.....	220
4.2 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL	223
4.2.1 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Doutrina Brasileira	223

4.2.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): origem e desenvolvimento	228
4.3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL	231
4.4 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA: prioridade na efetivação constitucional do SUS.....	238
4.5 ALTERNATIVAS JURÍDICO-ECONÔMICAS AO (SUB)FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: imposto sobre grandes fortunas e auditoria da dívida	249
4.5.1 O Imposto sobre Grandes Fortunas como alternativa jurídico-econômica ao desfinanciamento do SUS	249
4.5.1.1 Do Imposto sobre Grandes Fortunas: a eterna tentativa de regulamentação	250
4.5.1.2 O Imposto sobre Grandes Fortunas no Supremo Tribunal Federal: o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 31/2015 e ADO 55/2019	262
4.5.1.3 A relação entre o Imposto sobre as Grandes Fortunas e o Direito à Saúde no Brasil: uma alternativa financeira para o SUS?.....	265
4.6 A PROPOSTA JURÍDICO-ECONÔMICA DA AUDITORIA CONSTITUCIONAL DA DÍVIDA PARA A CONSOLIDAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	269
4.6.1 Da Proposta Jurídico-Econômica da Auditoria da Dívida para a Equalização do Orçamento Sanitário	269
4.6.2 Histórico da Auditoria da Dívida Pública no Brasil	273
4.6.3 A Constitucionalização da Auditoria da Dívida e seus Desdobramentos Pós-Constituição	275
4.6.4 A Auditoria da Dívida no Supremo Tribunal Federal: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 59/2004.	278
4.6.5 A Auditoria da Dívida e a Prioridade pelo Orçamento da Saúde: ratificando um direito de relevância pública	280

4.6.6 A Questão Equador: fortalecimento do orçamento da saúde pública por meio da auditoria da dívida	281
4.7 A NECESSIDADE DE SE APLICAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: pela concretização das propostas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e ratificação do direito constitucional à saúde no Brasil	283
CONSIDERAÇÕES FINAIS	286
REFERÊNCIAS	297

INTRODUÇÃO

Sobre o problema de pesquisa e sua delimitação

A definição do problema é um momento importante para o pesquisador, já que nem todos os problemas identificados são necessariamente questões que se prestam à pesquisa científica (LAVILLE; DIONNE, 1999). Além do mais, a formulação das questões de pesquisa ajudará o pesquisador a circunscrever determinada área específica de um campo mais ou menos complexo que tenha sido considerado elementar (FLICK, 2009).

A presente tese se denomina “A EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS)”. Pretendeu-se analisar, em um primeiro momento, o desenvolvimento do direito constitucional à saúde no Brasil desde o seu advento, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, até os dias atuais. Aliado a isso, empreendeu-se uma síntese histórica da judicialização da saúde a partir da visão do Supremo Tribunal Federal (STF), com o fito de detectar os possíveis desvios e pontos de contato entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado.

Logo em seguida, efetuou-se uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e seus respectivos impactos no direito à saúde no Brasil. Para ilustrar essa discussão, investigou-se dois exemplos práticos de aplicação daquelas concepções no caso brasileiro, a Emenda Constitucional nº 95, de 2016 – a emenda do teto dos gastos –, como representação empírica da reserva do possível, e a proposta de implementação da denominada Cobertura Universal de Saúde (CUS), iniciativa de organismos internacionais ilustrativa da adesão à noção de mínimo existencial.

Por fim, diante da narrativa histórico-dialética da tensão existente entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado e os retrocessos sanitários representados pelos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, no último capítulo desta pesquisa entabula-se uma discussão sobre quais alternativas jurídicas lastreadas na Constituição Federal são essenciais para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS). Nesse ponto específico, dividimos as alternativas jurídicas em: a) alternativas jurídico-políticas e b) alternativas jurídico-econômicas. As primeiras subdivididas em princípio da proibição do retrocesso social e a relevância pública do direito à saúde. E as segundas subdivididas em imposto sobre grandes fortunas e auditoria constitucional da dívida.

Quando nos referimos aos impactos causados no direito à saúde – que classificamos como retrocessos sócio-sanitários – em razão da aplicação prática das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, estamos nos referindo, respectivamente, ao (sub)financiamento da política pública de saúde e ao descumprimento dos princípios que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam: universalidade, integralidade e equidade, estes normatizados pela Constituição Federal.

Sendo assim, a pretensão desta pesquisa é enfrentar essas questões-problema atinentes ao direito constitucional à saúde, tanto em seu aspecto doutrinário quanto jurisprudencial, a partir de uma abordagem crítica sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, culminando na apresentação de alternativas jurídicas para a consolidação do SUS. Essas alternativas são de dois tipos: a) alternativas jurídico-políticas, consubstanciadas no princípio da proibição do retrocesso social e no caráter de relevância pública do direito à saúde; e, b) alternativas jurídico-econômicas, materializadas na proposta de um imposto sobre grandes fortunas, assim como na auditoria constitucional da dívida. Sublinha-se que ambas as alternativas estão lastreadas pelo documento normativo mais importante de nossa nação: a Constituição Federal de 1988, base medular do SUS.

Veremos que a teoria da reserva do possível fundamenta o “histórico de crise crônica de subfinanciamento da saúde pública brasileira” (OCKÉ REIS, 2015, p. 3), validando os “tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado” (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p.1) representados pela aprovação e vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que propõe um Novo Regime Fiscal (NRF). Por seu turno, a sustentação argumentativa da teoria do mínimo existencial – representado no debate sanitário brasileiro pela ideia de Cobertura Universal de Saúde, que permite a restrição da cobertura das ações e serviços de saúde – confronta abertamente os princípios constitucionais da universalidade (art. 196, CF/88) e integralidade (art. 198, II, CF/88).

Ambas as teorias que recebem o enfoque crítico – reserva do possível e mínimo existencial –, ao justificarem a austeridade dos gastos e uma prestação mínima de saúde pelo SUS, podem ser argumentos utilizados em favor do protagonismo das instituições privadas na assistência à saúde, caracterizando uma espécie de “complementariedade invertida” (SILVA; BEZERRA, 2017) na política pública em análise, distorcendo, dessa maneira, o propugnado pelo §1º do art. 199 da Constituição da República:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma **complementar** do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (grifo nosso).

Dessa forma, discute-se como uma espécie de contraponto às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial as seguintes alternativas jurídico-políticas e jurídico-econômicas: no primeiro caso, o princípio da proibição do retrocesso social e a relevância pública; e, no segundo, o imposto sobre grandes fortunas e auditoria da dívida. O integral conteúdo dessas propostas está lastreado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e tem como função a tentativa de consolidação jurídica do Sistema Único de Saúde (SUS) em nosso país diante da radicalização da crise dos direitos fundamentais sociais que ora se pronuncia em nossa conjuntura.

Essas alternativas jurídicas, de cunhos político e econômico, serão abordadas tendo como respaldo argumentativo a doutrina e a jurisprudência relacionadas ao Direito à Saúde, em uma tentativa de inseri-las no debate com o propósito de consolidação dos objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a Constituição Federal vigente.

Em consonância com esse itinerário, Farranha (2019) e Bucci (2017) afirmam que uma política pública complexa e multidisciplinar não pode ser confundida apenas com a efetividade da norma. De acordo com Farranha (2019), deve-se pontuar também “a distinção de papéis institucionais, orçamentos, responsabilidades e competências, agentes governamentais e não governamentais, entre outras dimensões que se colocam como importantes para uma análise de política pública” (FARRANHA, 2019, p. 71).

Complementando essa ideia, buscamos perquirir uma nova análise interpretativa com o intuito de avaliar a constitucionalização da política pública de saúde e seus reflexos e consequências na judicialização dessa temática, sem olvidar das questões políticas e econômicas que a permeiam. Como afirmam Farranha, Miranda e Pereira (2018), “a novidade consiste em fazer uma leitura da efetivação da norma pelos elementos do contexto em que essa se encontra. Trata-se de compreender que forças políticas e jurídicas atuam na dimensão da ação” (FARRANHA; MIRANDA; PEREIRA, 2018, p. 171).

Sendo assim, para atingirmos o desiderato desta tese, pesquisaremos se as alternativas jurídicas aqui citadas se mostram eficazes como instrumentos constitucionais

de garantia para a efetivação do direito à saúde no Brasil – nos moldes propostos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) – em meio ao confronto comparativo com as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Dessa forma, a **questão** proposta por esta investigação se **delimita** a indagar e a buscar uma resposta ao seguinte **problema**: considerando o estudo teórico-doutrinário e o debate jurisprudencial no STF, podemos afirmar que a reserva do possível e o mínimo existencial seriam considerados retrocessos à efetivação do direito à saúde no Brasil, propondo, dessa maneira, alternativas jurídicas com o escopo de consolidação dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS baseados na Constituição Federal de 1988?

Apesar de explícita previsão constitucional em contrário, há uma inclinação por parte da doutrina e da jurisprudência pela restrição do direito à saúde no Brasil, isto é, pelo delineamento de um SUS limitado a atender somente a população hipossuficiente. Tal conduta atenta contra os princípios da universalidade, integralidade, igualdade e equidade, princípios estes caros à conquista civilizatória de um sistema de saúde universal (SOUZA *et al.*, 2019).

O **problema** ora proposto justifica-se porque o direito à saúde no Brasil, segundo inúmeras análises que serão exploradas adiante, tem sido vítima de um processo de subfinanciamento crônico ao mesmo tempo em que vem sendo institucionalmente moldado para ofertar uma atuação restrita e focalizada. Um cenário assim conformado não só acarreta uma recorrente perda de protagonismo do SUS como contraria seus respectivos objetivos, princípios e diretrizes, os quais encontram-se pactuados na Constituição Federal.

Portanto, algumas questões subsidiárias deverão também ser destrinchadas: como se observa a relação entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado, a partir das fases de julgamento do Supremo Tribunal Federal? De que maneira a aplicação doutrinária e jurisprudencial das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível pode ser considerada um retrocesso à consolidação do SUS e do direito à saúde no Brasil? Quais são os impactos da doutrina e da jurisprudência sobre essas teorias no direito à saúde? Como definir se o duplo agrupamento de alternativas sintetizado pelo princípio da proibição do retrocesso social e o direito de relevância pública – agrupamento jurídico-político – assim como pelo imposto sobre as grandes fortunas e a auditoria da dívida – agrupamento jurídico-econômico – representaria uma alternativa constitucional de consolidação do SUS? Todas essas questões serão respondidas utilizando a relação dialética entre a doutrina jurídica e a jurisprudência da suprema corte de nosso país.

Espacialmente, a pesquisa está circunscrita, normativamente, a refletir sobre os princípios, diretrizes e objetivos do SUS a partir, principalmente, dos artigos constitucionais a respeito da temática suscitada – arts. 196 a 200 da Constituição Federal – que relacionam o direito à saúde como integrante da Seguridade Social brasileira (Título VIII – Da Ordem Social). Complementarmente, serão analisados a principal lei regulamentadora do SUS, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) – Lei nº 8.080, de 1990, bem como os julgados considerados paradigmáticos pela jurisprudência do STF.

O **marco temporal doutrinário** parte dos textos científicos da redemocratização brasileira do início dos anos 1980 e período da promulgação da nova Constituição até a atualidade, quando se encontra consolidado um corpo de doutrinadores do Direito à Saúde no Brasil. Enquanto o **marco temporal jurisprudencial** a ser estudado se concentrará principalmente nos julgados realizados a partir do final da década de 1990, pois foi nesta época que começaram a ser levadas à corte máxima do país – STF – ações que consistiram em luta judicial por medicamentos de alto custo e que estavam ausentes da política pública do SUS (OLIVEIRA, 2019).

A fim de elucidar a problemática desta tese, empreenderemos análise documental de jurisprudência dos processos judiciais que tratam sobre reserva do possível, mínimo existencial, princípio da proibição do retrocesso social, relevância pública, imposto sobre grandes fortunas e auditoria da dívida, por meio de pesquisa junto ao sítio eletrônico da mais alta corte do país¹, conforme metodologia explicitada a seguir.

Metodologia de Investigação

A metodologia empregada no desenvolvimento deste trabalho enquadra-se no que Minayo (2016) classifica como metodologia dialética. Esta metodologia reconhece que o campo do Direito à Saúde se refere a uma realidade complexa, que demanda conhecimentos distintos e integrados e uma interação constante entre teoria e prática, para que ambas se alimentem reciprocamente, e se repensem.

Segundo Minayo (2016), as pesquisas dialéticas, frente à problemática da quantidade e qualidade em pesquisas científicas, podem ser sintetizadas no sentido de que “qualidade e quantidade são inseparáveis e interdependentes, ensejando-se assim a dissolução das dicotomias quantitativo/qualitativo, macro/micro, interioridade e

¹ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 28 out. 2019.

exterioridade com que se debatem as diversas correntes sociológicas” (MINAYO, 2016, p. 11-12).

Trata-se de um estudo exploratório sobre as relações entre a doutrina e a jurisprudência do STF acerca do direito à saúde no Brasil. Abarca os impactos da reserva do possível e do mínimo existencial no debate sobre o direito à saúde, concluindo com a análise de alternativas jurídicas, tanto de cunho jurídico-político quanto de cunho jurídico-econômico. Envereda-se pelo acesso e tratamento de fontes primárias e secundárias de dados, representadas por jurisprudências originais e inovadoras e doutrinas sistematizadoras sobre as questões suscitadas.

O método de pesquisa qualitativa se interessa pelo nível mais aprofundado da temática, um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado, ou seja, resume-se ao trabalho com o universo dos significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes. Possibilita a conjugação dos pontos de vista de todos os atores relevantes para a pesquisa de forma a proporcionar uma interpretação mais contextualizada (MINAYO, 2016).

A pesquisa bibliográfico-doutrinária efetiva-se através da contribuição teórica de diversos autores por meio de livros, artigos científicos, dissertações e teses, obtidos a partir do acesso aos bancos de dados de pesquisa científica disponíveis na web: Google Scholar, Scielo, Portal de Periódicos da Capes, entre outros. Aqui, são utilizados os seguintes descritores: primeiramente, o que denominaríamos de retrocessos sanitários, abarcados pelos descritores “reserva do possível” e “mínimo existencial”. Logo após, no debate sobre alternativas jurídicas, recorre-se aos descritores “princípio da proibição do retrocesso social”, “relevância pública”, “imposto sobre grandes fortunas” e “auditoria da dívida”. Foram avaliados trabalhos publicados prioritariamente em língua portuguesa, preferencialmente da promulgação da Constituição da República de 1988 em diante, majoritariamente de acesso livre e, por fim, que abordem as categorias citadas como assunto principal relacionadas sempre ao **direito constitucional à saúde**.

Métodos e técnicas de pesquisa: pesquisa jurisprudencial

A metodologia utilizada também se consubstanciou em uma pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do STF com o intuito de avaliar as categorias representadas pela reserva do possível e pelo mínimo existencial e seus impactos no Direito

à Saúde. E, a seguir, por categorias que representam alternativas jurídicas para a completa efetivação constitucional do SUS com base na Constituição Federal.

A pesquisa jurisprudencial consistiu na análise de documentos e teve como fonte de dados os julgamentos produzidos pela mais alta corte do país e disponibilizados em seu portal eletrônico: <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

Dessa forma, com o fito de selecionarmos o universo de pesquisa, acessamos o sítio eletrônico do STF na seção “Jurisprudência > pesquisa > pesquisa de jurisprudência e identificamos os resultados que continham o descritor geral e, logo após, o tema específico do direito à saúde.

Sublinha-se o fato de que analisamos neste trabalho quatro fases de decisão do STF a respeito do fenômeno da Judicialização da Saúde, que podemos resumir na seguinte tabela de julgados abaixo:

Tabela 1 - Quatro fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil: principais julgados

Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal	Principais Julgados
1ª Fase: Não-ativismo (1988-1996)	<p>1988 – Constitucionalização do Direito à Saúde</p> <p>Até 1996 – Nenhum caso de direito à saúde julgado na Suprema Corte</p>
2ª Fase: Absolutização da Saúde (1997-2003)	<p>1997 – Petição (PET). 1.246/SC</p> <p>1999 – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – AgR em AI nº 238.328-0/RS</p> <p>2000 – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AgR no RE nº 271.286-8/RS</p> <p>2000 – Recurso Extraordinário – RE nº 195.192-3/RS</p>

3ª Fase: O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial (2004-2009)	<p>2004 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45</p> <p>2007 – Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL</p>
4ª Fase: Medicina Baseada em Evidências (2009- até hoje)	<p>2009 – Audiência Pública nº4 – Judicialização da Saúde</p> <p>2010 – Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 – STA 175 – AgR/CE</p> <p>2010 – Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde (Fórum da Saúde/CNJ)</p>

Fonte: elaboração própria a partir de pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/>.

A **relevância e a originalidade** da pesquisa encontram-se na análise doutrinária e jurisprudencial do STF em torno das categorias conceituais que compõem o que classificamos como retrocessos sanitários – reserva do possível e mínimo existencial – e as alternativas jurídicas para a consolidação do SUS no Brasil: princípio da proibição do retrocesso social e relevância pública; assim como taxaçoão das grandes fortunas e auditoria da dívida. Um debate intrinsecamente relacionado ao ramo do Direito Constitucional Sanitário.

Este trabalho científico mostra-se **viável** na medida em que se apresenta como a **continuidade** de pesquisa de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade de Brasília (UnB), e que apresentou como resultado final a dissertação denominada “AVANÇOS E RETROCESSOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: uma esperança equilibrada”, a qual abordou o tema do direito à saúde no Brasil sob um olhar político e social. Agora, nesta tese de Doutorado e em consonância com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, o tema do direito à saúde no país é abordado como uma pesquisa sistematizada sobre doutrina e jurisprudência, buscando destacar análise eminentemente jurídica sobre a efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil, trazendo dados da mais alta corte do país em relação a essa temática, além de referências doutrinárias inerentes ao Direito Constitucional Sanitário.

O **problema** de pesquisa que procuramos responder foi o seguinte: como efetivar o direito constitucional à saúde no Brasil – respeitando seus princípios, objetivos e

diretrizes – analisando retrocessos sanitários representados pela reserva do possível e o mínimo existencial e alternativas jurídicas de cunho político e econômico para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto na doutrina jurídica?

De forma complementar, há problemas derivados, tais como: o que se pode depreender de decisões do STF a respeito da judicialização da saúde, em suas quatro fases de decisão, e seus respectivos impactos em torno dos retrocessos e alternativas à consolidação do SUS Constitucional? Podemos delimitar o que são retrocessos sócio-sanitários para o direito à saúde baseados na reserva do possível e no mínimo existencial? O princípio da proibição do retrocesso social e a relevância pública podem cumprir a função de alternativas jurídico-políticas para a efetivação do direito constitucional à saúde? A taxação das grandes fortunas e a auditoria da dívida podem cumprir a função de alternativas jurídico-econômicas para a efetivação do direito constitucional à saúde? Como analisar o direito constitucional à saúde diante da agudização da crise dos direitos fundamentais sociais no Brasil?

O **objetivo geral** é realizar uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial abarcando os principais impactos dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no âmbito do direito à saúde; bem como, apresentar alternativas jurídicas, desmembradas em jurídico-políticas e jurídico-econômicas, para a completa consolidação constitucional do SUS e efetivação do direito à saúde no Brasil.

Já os **objetivos específicos** pretendidos são:

a) Revisar o panorama descritivo da relação entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado, destacando quatro fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), com suas respectivas consequências e impactos na formação de um conceito normativo do direito à saúde.

Esse objetivo corresponde ao primeiro capítulo da Tese (*I – A Trajetória do Conceito do Direito à Saúde no Brasil: da Constituição à Judicialização*):

I – A Trajetória do Conceito do Direito à Saúde no Brasil: da Constituição à Judicialização

1.1 Origem e Consolidação do Conceito do Direito à Saúde: uma evolução normativo-institucional via Constituição Federal de 1988

1.1.1 O Conceito Internacional do Direito à Saúde

1.1.2 O Direito à Saúde no Brasil: a importância da

redemocratização e do movimento da reforma sanitária para a formação do Sistema Único de Saúde (SUS)

1.1.3 A Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil

1.2 As Quatro Fases de Decisão do Supremo Tribunal Federal em Relação ao Direito à Saúde no Brasil: o conceito judicializado

1.2.1 Justificativas sobre o Estudo da Judicialização da Saúde no Brasil

1.2.2 Do Conceito de Judicialização

1.2.3 As fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Judicialização da Saúde no Brasil: construindo um conceito judicializado de direito à saúde

1.2.3.1 - 1ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Não-Ativismo

1.2.3.2 - 2ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Absolutização da Saúde

1.2.3.3 - 3ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal - O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial

1.2.3.4- 4ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – Medicina Baseada em Evidências (MBE)

1.3 – O Conceito Judicializado de Direito à Saúde

1.4 A Interação Comparativa entre o Conceito de Direito à Saúde Constitucionalizado e o Conceito de Direito à Saúde Judicializado: uma tensa e necessária relação

Capítulo I – Pergunta, síntese do capítulo e metodologia:

A pergunta central do Capítulo I é a seguinte: qual a relação entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado a partir da análise descritiva das quatro fases de julgamento do STF para a sistematização de um conceito normativo de direito à saúde no Brasil?

O primeiro capítulo apresenta como objetivo a descrição pormenorizada da trajetória conceitual do direito à saúde no país, desde sua constitucionalização – a partir de documentos e tratados internacionais – até sua judicialização, a partir da análise do que classificamos como quatro fases de julgamento da mais alta corte de justiça do país, o Supremo Tribunal Federal. Tentaremos dissecar a trajetória conceitual do direito à saúde também com a finalidade de sistematizá-lo em um conceito normativo e jurisprudencial, relacionando-o sob os prismas do direito à saúde constitucionalizado e do direito à saúde judicializado. Elucidamos que o capítulo em questão não tem o intuito de problematizar o

fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, apenas descrever o conceito do direito à saúde, a partir da mais balizada doutrina e jurisprudência a respeito da temática.

Sobre a metodologia utilizada, realizou-se uma revisão bibliográfica com o intuito de aprofundar o referencial teórico-conceitual sobre o direito à saúde no STF desde os anos 1990 até os dias atuais. Para isso, utilizou-se a metodologia descritivo-analítico-reflexiva, que, conforme Marcolino e Mizukani (2008) permite, por meio de referenciais bibliográficos contidos na literatura científica, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo.

b) Analisar a relação entre a reserva do financeiramente possível e o direito à saúde no Brasil, com base no histórico do (sub)financiamento da política pública de saúde.

Este objetivo corresponde ao segundo capítulo da Tese (*II – Reserva do Possível e o Direito à Saúde no Brasil: do subfinanciamento crônico ao desfinanciamento da política pública de saúde*):

II - Reserva do Possível e o Direito à Saúde no Brasil: do subfinanciamento crônico ao desfinanciamento da política pública de saúde

2.1 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível: estipulando sobre seu valor normativo

2.1.1 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Cláusula Aberta

2.1.2 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Integradora dos Direitos Fundamentais Prestacionais

2.1.3 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Princípio

2.2 Do Princípio da Reserva do Possível: as origens germânicas

2.2.1 O Advento do Princípio da Reserva do Possível no Brasil: a análise doutrinária brasileira

2.2.2 O Princípio da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal -uma análise jurisprudencial brasileira

2.2.3. Sobre o conceito e a natureza jurídica da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal

2.3 A Reserva do Possível e o Direito à Saúde no Brasil: um retrocesso sanitário?

2.4 O Princípio da Reserva do Possível e o Financiamento da Política Pública de Saúde no Brasil: uma análise inovadora no campo jurídico

2.5 Do Subfinanciamento ao Desfinanciamento Integral do Sistema Único de Saúde: uma análise sobre a Emenda Constitucional 95/2016 que implantou o teto dos gastos no Brasil

Capítulo II – Pergunta, síntese do capítulo e metodologia:

Quais os reflexos doutrinários e, principalmente, jurisprudenciais da teoria da Reserva do Possível no direito constitucional à saúde no Brasil, especialmente inserindo-se no debate sobre o subfinanciamento do Sistema Único de Saúde (SUS)?

No segundo capítulo da tese, pesquisamos a teoria da Reserva do Possível e sua influência na doutrina e na jurisprudência brasileiras em relação ao direito constitucional à saúde. Também analisamos os reflexos desse debate na especificidade da justificativa juspolítica sobre o subfinanciamento da saúde, culminando no estudo empírico sobre a Emenda Constitucional nº 95, de 2016, denominada “emenda do teto dos gastos”.

A metodologia contou com pesquisa jurisprudencial no STF no início dos anos 2000 até o ano de 2017, com a sistematização das principais decisões, juntamente com análise da doutrina jurídica sobre o princípio da Reserva do Possível e sua interseção com o Direito à Saúde. Também utilizamos o instrumental da pesquisa empírica que é voltada sobretudo para a face experimental e observável dos fenômenos e que consiste em manipular dados, ratificando fatos concretos.

c) Analisar a relação entre a teoria do Mínimo Existencial e o Direito à Saúde no Brasil comparando-a aos objetivos, diretrizes e princípios constitucionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Este objetivo corresponde ao terceiro capítulo da Tese (*III- Mínimo Existencial e Direito à Saúde no Brasil: da concepção universal à concepção restrita de saúde pública*):

<p>III – Mínimo Existencial e Direito à Saúde no Brasil: da concepção universal à concepção restrita de saúde pública</p> <p>3.1 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial: estipulando sobre seu valor normativo</p> <p>3.1.1 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Três Vertentes de um Direito: direito adscrito, direito híbrido e um direito sobre direitos.</p> <p>3.1.1.1. Primeira Vertente: o mínimo existencial como um direito adscrito</p> <p>3.1.1.2 Segunda Vertente: o mínimo existencial como um direito híbrido</p> <p>3.1.1.3 Terceira Vertente: o mínimo existencial como um direito sobre direitos</p> <p>3.1.2 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Regra</p> <p>3.1.3 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Princípio</p>
--

- 3.2 A Construção do Conceito do Mínimo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil: o mínimo existencial judicializado
- 3.3 Do Princípio do Mínimo Existencial: a construção do conceito na doutrina jurídica
- 3.4 O Mínimo Existencial e o Direito à Saúde no Brasil: afinal, mais um retrocesso sanitário?
- 3.5 Por um Direito ao Básico Social: uma alternativa ao termo “mínimo existencial”
- 3.6 A Cobertura Universal de Saúde (UHC) como Exemplo de Mínimo Existencial Sanitário: um desafio para os sistemas universais e para o nosso Sistema Único de Saúde (SUS).
 - 3.6.1 Histórico da Proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC): uma ideia dos organismos internacionais
 - 3.6.2 O Conceito da Cobertura Universal de Saúde (UHC): um mínimo existencial sanitário

Capítulo III – Pergunta, síntese do capítulo e metodologia:

Quais os reflexos doutrinários e jurisprudenciais da teoria do Mínimo Existencial no direito constitucional à saúde no Brasil, especialmente no debate sobre os princípios da universalidade, integralidade e equidade a partir do advento da Cobertura Universal de Saúde em nosso país?

No terceiro capítulo da tese, pesquisamos a teoria do Mínimo Existencial e sua influência na doutrina e na jurisprudência brasileiras em relação ao direito constitucional à saúde. Também analisamos os reflexos desse debate sobre os princípios contidos na formação do Sistema Único de Saúde (SUS) – universalidade, integralidade e equidade –, além de sua relação com a proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC) inserida em nosso contexto pelos organismos internacionais.

A metodologia utilizada foi a revisão crítica da literatura, com a sistematização dos principais doutrinadores da teoria da Reserva do Possível e sua interseção com o Direito à Saúde e, prioritariamente, análise documental por meio de jurisprudência do STF a respeito da temática abordada.

d) Propor alternativas jurídicas para a consolidação do SUS Constitucional, representadas por alternativas jurídico-políticas e alternativas jurídico-econômicas, com base na Constituição da República Federativa do Brasil.

Este objetivo corresponde ao quarto e último capítulo da Tese (IV – *Alternativas Constitucionais para a Consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil: afirmando o direito à saúde*):

IV – Alternativas Constitucionais para a Consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil: afirmando o direito à saúde

4.1. Do Conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social

4.1.1 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Alemanha

4.1.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Itália

4.1.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social em Portugal

4.2 Surgimento e Desenvolvimento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Brasil

4.2.1 – O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Doutrina Brasileira

4.2.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): origem e desenvolvimento

4.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Instrumento de Afirmação do Direito Constitucional à Saúde no Brasil

4.4 O Direito à Saúde como um Direito de Relevância Pública: prioridade na efetivação constitucional do SUS

4.5 Alternativas Jurídico-Econômicas ao (Sub) Financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil: Imposto sobre Grandes Fortunas e Auditoria da Dívida

4.5.1 O Imposto sobre Grandes Fortunas como alternativa jurídico-econômica ao desfinanciamento do SUS

4.5.1.1 Do Imposto sobre Grandes Fortunas: a eterna tentativa de regulamentação

4.5.1.2 – O Imposto sobre Grandes Fortunas no Supremo Tribunal Federal: o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 31/2015 e ADO 55/2019

4.5.1.3 A relação entre o Imposto sobre as Grandes Fortunas e o Direito à Saúde no Brasil: uma alternativa financeira para o SUS?

4.6 A Proposta Jurídico-Econômica da Auditoria Constitucional da Dívida para a Consolidação Orçamentária do Sistema Único de Saúde

4.6.1 Da Proposta Jurídico-Econômica da Auditoria da Dívida para Equalização do Orçamento Sanitário

4.6.1 Histórico da Auditoria da Dívida Pública no Brasil

4.6.3 A Constitucionalização da Auditoria da Dívida e seus Desdobramentos Pós-Constituição

4.6.4 A Auditoria da Dívida no Supremo Tribunal Federal: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 59/2004.

4.6.5 A Auditoria da Dívida e a Prioridade pelo Orçamento da Saúde: ratificando um direito de relevância pública

4.6.6 A Questão Equador: fortalecimento do orçamento da saúde pública por meio da auditoria da dívida 4.7 A Necessidade de se Aplicar a Constituição Federal: pela concretização das propostas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e ratificação do direito constitucional à saúde no Brasil

Capítulo IV – Pergunta, síntese do capítulo e metodologia:

As propostas aqui elencadas, tanto de conteúdo jurídico-político, quanto jurídico-econômico, fazem parte das alternativas constitucionais em prol da consolidação do SUS em nosso país e têm como finalidade responder a seguinte pergunta: em virtude dos impactos ocasionados pelos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, existiriam propostas e alternativas – baseadas na Constituição Federal – que poderiam ser utilizadas como instrumentos de consolidação do direito fundamental à saúde no Brasil?

Apresentamos quatro propostas divididas em duas de caráter jurídico-político – princípio da proibição do retrocesso social e direito à saúde como direito de relevância pública – e duas de caráter jurídico-econômico – taxação das grandes fortunas e auditoria da dívida. Reafirma-se que essas propostas e alternativas para a consolidação do direito à saúde no Brasil são enunciadas e sistematizadas sempre com base no principal documento normativo de nosso campo jurídico: a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para a consecução do objetivo delineado, utilizamos a metodologia da revisão da literatura de tipo narrativa, que consiste em relatar “publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o ‘estado da arte’ de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual” (ROTHER, 2007, p. 1).

Nessa revisão narrativa, efetuamos uma coleta de material de pesquisa científica, sempre com o propósito de realizar análise crítica dos instrumentos conceituais aqui contidos. Para consecução desse intuito, foram utilizados artigos científicos, teses, dissertações, livros e decisões de jurisprudência do STF, ocasião em que analisamos de maneira dialética os principais conceitos e doutrinas e a interação realizada entre essas fontes.

Finalmente, nas Considerações Finais, fizemos um apanhado dos temas trabalhados ao longo dos quatro capítulos que compõem esta tese, destacando os recuos, avanços e contradições que marcam o quadro do direito à saúde no Brasil desde o período da redemocratização até a atualidade. Nessa oportunidade, não apenas sistematizamos os

achados e conclusões a que chegamos durante a investigação ora apresentada, como também reforçamos os argumentos que nos fazem constatar que tanto a concepção da reserva do possível como do mínimo existencial caracterizam-se como retrocessos sócio-sanitários diante do propugnado pela Constituição Federal de 1988. Como fecho, empenhamo-nos em propor medidas jurídicas com vistas a superar o quadro de asfixia orçamentária e de restrição do alcance e da cobertura do sistema de saúde brasileiro, buscando, dessa forma, encontrar saídas que auxiliem na consolidação do direito à saúde no Brasil por meio da efetivação do SUS Constitucional.

1 A TRAJETÓRIA DO CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: da constituição à judicialização

Em sua delimitação didático-analítica, este primeiro capítulo abordará a trajetória conceitual do direito à saúde com base em duas linhas de análise: a) o direito à saúde constitucionalizado; e b) o direito à saúde judicializado.

Na primeira linha de abordagem, analisaremos a construção conceitual do direito à saúde desde sua origem e desenvolvimento a partir dos tratados de organismos internacionais, como o clássico conceito firmado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, até sua consolidação no Protocolo de San Salvador de 1988. A seguir, daremos andamento à investigação acerca da trajetória do conceito relacionando-a com seu advento em nosso direito pátrio. Para tanto, recuperaremos as discussões sobre o direito à saúde empenhadas pelo Movimento da Reforma Sanitária, atuante desde a redemocratização, passando pela 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) e desaguando na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, debatendo, por fim, sua parametrização conceitual como direito à saúde constitucionalizado.

Relativamente à segunda linha de abordagem, analisaremos o direito à saúde com base em quatro fases de decisão da mais alta corte judicial de nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF), apresentando como escopo a definição de um conceito de direito à saúde judicializado, no que ficou mais comumente conhecido como o fenômeno da judicialização da saúde. À vista disso, debateremos inicialmente o conceito específico de judicialização, para, em seguida, abordarmos a linha evolutiva das decisões sobre a judicialização da saúde pelo Supremo Tribunal Federal (STF) desde os anos 1990 até os dias atuais, delimitando quatro importantes fases de julgamento da Suprema Corte: a) não-ativismo (1988-1996); b) absolutização da saúde (1997-2003); c) custo dos direitos: mínimo existencial x reserva do possível (2004-2009); e, por fim, d) Medicina Baseada em Evidências (MBE – 2009 até os dias atuais). Tal reconstituição busca fornecer-nos elementos para a formulação de um conceito judicializado de direito à saúde.

Outrossim, a questão que orienta este capítulo pode ser assim formulada: qual seria o atual conceito do direito à saúde, com base em sua constitucionalização e seu debate na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)? Para chegarmos a uma resposta central para essa pergunta que nos norteia, deveremos também ter como base uma tentativa de sistematização conceitual a partir das seguintes perguntas subsidiárias: quais são os principais elementos e características de formação conceitual do direito à saúde

constitucionalizado? Quais são os principais elementos e características de formação conceitual do direito à saúde judicializado? Haveria uma relação entre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado?

Ressaltamos que a proposta deste capítulo não vislumbra colocar em xeque a legitimidade do Judiciário em determinar prestações positivas ao Estado, também não se pretende discutir a centralidade da figura do juiz na efetivação dos direitos, muito menos verificar o reflexo desse fenômeno na separação de poderes, tampouco tenciona-se questionar se ao Poder Judiciário cabe a última palavra ou não. O fenômeno da judicialização da saúde será apresentado não como argumento positivo ou negativo, mas como um fato e um ponto de discussão que permeia a definição do direito à saúde e que contextualiza o âmbito do STF (MENDES, 2008; LIMA, 2014). Nosso intuito principal será a discussão da trajetória conceitual do direito à saúde, tanto do ponto de vista da Constituição quanto do ponto de vista da Judicialização.

Sobre a metodologia utilizada, este capítulo apresenta uma revisão bibliográfica com o intuito de aprofundar o referencial teórico sobre a conceituação do direito à saúde na doutrina e jurisprudência do STF desde os anos 1990 até os dias atuais. Para essa finalidade, utilizaremos a metodologia descritivo-analítico-reflexiva, que, conforme Marcolino e Mizukani (2008), permite, por meio de referenciais bibliográficos contidos na literatura científica, a análise reflexiva do tema proposto sob o modo descritivo.

Dessa maneira, avaliaremos primeiramente os artigos classificados por relevância, ou seja, os mais referenciados nas plataformas do Google Scholar², que permite acesso a vários portais científicos de pesquisa, e, mais especificamente, nos portais da CAPES³ e do Scielo⁴; do mesmo modo, destacamos que não deixaremos de citar os artigos mais atualizados conforme o ano de publicação. Entre as produções analisadas, além de artigos científicos, também foram incluídos teses, dissertações, monografias e livros sobre a temática, desde os anos da redemocratização brasileira – final dos anos 1970 e início dos anos 1980 – até o período atual.

As produções científicas pesquisadas abordam os seguintes temas: a) o conceito de saúde; b) o direito constitucional à saúde; c) o conceito de judicialização; d) a judicialização do direito à saúde; e) as decisões do STF sobre a judicialização da saúde.

² Disponível em: <https://scholar.google.com/>. Acesso em 05 nov. 2019.

³ Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/>. Acesso em 12 out. 2019.

⁴ Disponível em: <http://www.scielo.org/php/index.php>. Acesso em 12 out. 2019.

Concomitantemente à pesquisa bibliográfica, foi realizada pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁵, tendo como objetivo identificar os principais julgados a respeito da judicialização da saúde. A análise desses casos foi feita à luz das referências bibliográficas utilizadas neste estudo.

Com base na metodologia adotada, a qual promove uma intersecção entre referências bibliográficas e pesquisa jurisprudencial, destacamos a seguinte tabela com os principais julgados do STF, os quais serão objeto de nossa análise, a respeito da judicialização do direito à saúde:

Tabela 2 - Quatro fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil: principais julgados

Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal	Principais Julgados
1ª Fase: Não-ativismo (1988 – 1996)	1988 – Constitucionalização do Direito à Saúde Até 1996 – Nenhum caso de direito à saúde julgado na Suprema Corte
2ª Fase: Absolutização da Saúde (1997 – 2003)	1997 – Petição (PET) 1.246/SC 1999 – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – AgR em AI nº 238.328-0/RS 2000 – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AgR no RE nº 271.286-8/RS 2000 – Recurso Extraordinário – RE nº 195.192-3/RS
3ª Fase: O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial (2004 – 2009)	2004 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 2007 – Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL

⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 12 out. 2019.

4ª Fase: Medicina Baseada em Evidências ⁶ (2009 – até hoje)	2009 – Audiência Pública nº4 – Judicialização da Saúde 2010 – Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 175 – STA 175 – AgR/CE 2010 – Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde (Fórum da Saúde/CNJ)
--	--

Fonte: elaboração própria a partir de pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/>.

Portanto, o intuito final deste capítulo consiste em realizar uma reflexão analítico-comparativa entre os conceitos formulados sobre o direito à saúde constitucionalizado e o direito à saúde judicializado, tentando abordar os principais elementos de aproximação e distanciamento entre eles, em uma reflexão atinente ao Direito Constitucional Sanitário.

1.1 ORIGEM E CONSOLIDAÇÃO DO CONCEITO DO DIREITO À SAÚDE: uma evolução normativo-institucional via constituição federal de 1988

O conceito de direito à saúde constitucionalizado que analisaremos nesta primeira linha de abordagem será de cunho normativo-institucional, pois traz um percurso histórico-jurídico desde os consolidados tratados internacionais até sua enunciação em nosso direito pátrio, a partir do advento da luta pela redemocratização no final dos anos 1970, protagonizada pelo denominado Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB), culminando com a constitucionalização do direito à saúde a partir dos debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) de 1986, lastro democrático para a consolidação normativa do Sistema Único de Saúde (SUS) em nossa Constituição Federal de 1988.

Delimitaremos essa síntese sobre a evolução normativo-institucional do direito à saúde em três aspectos: o conceito internacional do direito à saúde; o direito à saúde no Brasil, abarcando a redemocratização e o movimento reformista e, por fim, a constitucionalização da saúde em nosso país.

⁶ Nesta quarta fase de decisão do STF, dos três “julgados” citados, apenas a STA 175 – AgR/CE se trata, obviamente, de um julgado da Suprema Corte. Mas tanto a Audiência Pública nº 4 quanto o Fórum de Saúde do CNJ foram cruciais para o debate em torno da judicialização da saúde no Brasil. A primeira, pois os debates suscitados na Audiência apresentaram elementos e pontos de fundamentação que serviram de referência para a decisão citada (STA 175); e a criação do segundo – Fórum de Saúde – se consolidou como um resultado da STA 175, ocasionando uma constante efetivação do direito à saúde lastreado na Medicina Baseada em Evidências (MBE), sendo fundamentais para o deslinde desta quarta fase de decisão, como veremos mais à frente neste capítulo.

Por mais que esse debate já tenha sido exaustivamente repisado entre os intelectuais, atores e sujeitos políticos que disputam diariamente a pauta do SUS nos ambientes de Saúde Coletiva e Gestão em Saúde, pretendemos apresentá-lo ao campo do Direito. Isso porque nessa seara eminentemente normativo-positivista não se (re)conhece a íntegra de como foi construído o debate que ensejou a formação política do direito à saúde na Constituição e na Lei Orgânica da Saúde, restando lamentavelmente uma discussão de cunho essencialmente formal, o que implica a necessidade de uma apreensão epistemologicamente mais ousada sobre a formação desse nosso importante direito fundamental, em uma tentativa de consolidá-lo também na ciência jurídica⁷.

1.1.1 O Conceito Internacional do Direito à Saúde

O conceito de saúde universalmente consolidado do ponto de vista institucional é o que emana do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946⁸, definido da seguinte maneira: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Este conceito, ao longo do tempo, foi problematizado em duas principais direções: ou seria inatingível, um conceito que não refletiria a realidade de conjunturas sanitárias deficientes em termos de estruturação da política pública de saúde; ou subsumiria em um nível prospectivo de realização integral da saúde quase que como uma utopia, ou seja, uma equação que indicava o liame entre saúde individual/coletiva e o ambiente externo que incidia sobre o conjunto das pessoas e suas respectivas ações (DALLARI, 1988).

Segundo Scliar (2007), o conceito da OMS impunha um reconhecimento e, conseqüentemente, um projeto que deveria ser aplicado pelos países para a consecução da promoção e proteção da saúde como política pública a ser implementada, contribuindo para esse intuito o contexto pós-Segunda Guerra Mundial com a ascensão do Estado de Bem-Estar Social, a constitucionalização de direitos, em especial os direitos sociais, e as lutas

⁷ Ressalta-se a exceção dos estudiosos e pesquisadores do ainda incipiente ramo do Direito Sanitário no Brasil. O Direito a que me refiro trata-se do direito de uma forma geral, de amplitude mais genérica e que tem como característica marcante o formalismo-positivista, ainda majoritário na maioria das Faculdades de Direito de nosso país.

⁸ A Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO) foi resultado da Conferência Internacional de Saúde realizada em Nova York entre os dias 19 e 22 de julho de 1946, respaldada por representações de 61 países, contendo 82 artigos e 19 capítulos. Foi a primeira vez que se debateu e sistematizou um conceito universal de saúde. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 12 out. 2019.

anticoloniais em defesa de uma maior autonomia democrática. Dessa forma, o conceito de saúde estava embutido nessa conjuntura que ora se iniciava, assim, “saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações” (SCLIAR, 2007, p. 37).

Tendo em vista o inédito conceito de saúde universalmente aceito estipulado pela OMS em 1946, podemos citar outras instituições internacionais que, *a posteriori*, desenvolveram variações daquela mesma concepção, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, a Declaração de Alma-Ata de 1978 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, de 1988.

Analisando inicialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948⁹, constatamos que a saúde está inscrita em seu art. 25.1, nos seguintes termos:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, **à assistência médica** e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. (DUDH, 1948, grifo nosso).

Posteriormente, no art. 12.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁰, de 1966, há referência à saúde em seu mais elevado nível: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de **desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental**” (PIDESC, 1966, grifo nosso).

⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 217A em 10 de dezembro de 1948 e serviu de documento base para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966. Foi aprovada unanimemente pelos 48 Estados que compunham a Assembleia. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 12 out. 2019.

¹⁰ Em virtude do contexto da Guerra Fria e da disputa entre dois blocos políticos – capitalista, liderado pelos Estados Unidos da América - EUA e socialista, liderado pela então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, a ONU, depois de longos dezoito anos de debates pós DUDH, aprovou dois pactos por sua Assembleia Geral em 16 de dezembro de 1966: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). O Brasil se tornou signatário do PIDESC ao promulgar o Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 12 out. 2019.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969¹¹, conceitua a saúde como direito à vida e à integridade pessoal, conforme estipulado em seus arts. 4.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e 5.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Nesse mesmo sentido, um importante documento internacional sobre a conceituação do direito à saúde foi a Declaração de Alma-Ata, realizada na extinta União Soviética em 1978¹². Tal documento discorreu também sobre o tema da cooperação sanitária ao prever em seu princípio 9º: “todos os países devem **cooperar**, num espírito de comunidade e serviço, para assegurar os **cuidados primários de saúde** a todos os povos, uma vez que a **consecução da saúde do povo** de qualquer país interessa e beneficia diretamente todos os outros países” (grifo nosso).

Por fim, o Protocolo de San Salvador—que leva esse nome em razão de ter sido assinado como um Protocolo Adicional à já mencionada Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) –, de 1988¹³, parte do pressuposto de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus **direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos**” (grifo nosso).

Especificamente relacionado ao direito à saúde, o Protocolo de San Salvador elencou os principais tópicos a respeito do tema:

1. **Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.**
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer **a saúde como bem público** e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

¹¹ A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é um tratado internacional firmado entre os países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) e foi subscrita na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na capital da Costa Rica, San José, se constituindo atualmente como uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 12 out. 2019.

¹² A Declaração de Alma-Ata, batizada com o mesmo nome de sua sede, hoje localizada no Cazaquistão (ex-URSS) resultou dos trabalhos da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde entre os dias 6 e 12 de setembro de 1978.

¹³ O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) foi assinado em 17 de novembro de 1988, na capital de El Salvador, cidade de San Salvador. O Brasil aderiu a esse Protocolo Adicional em agosto de 1996, sendo que sua promulgação ocorreu com Decreto nº 3.321, de 31 de dezembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em 12 out. 2019.

- a. **Atendimento primário de saúde**, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
- b. **Extensão dos benefícios dos serviços de saúde** a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
- c. **Total imunização** contra as principais doenças infecciosas;
- d. **Prevenção e tratamento** das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. **Educação** da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. **Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco** e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (Protocolo de San Salvador, 1988, grifo nosso).

Na exposição alinhada acima, buscamos descrever, de maneira breve, o caminhar do conceito institucional de saúde, apresentando como foco os principais documentos elaborados no âmbito das mais destacadas organizações internacionais, do clássico conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, pós-Segunda Guerra Mundial, até o Protocolo de San Salvador de 1988. Esse ano, aliás, marca o advento do conceito constitucionalizado de saúde no Brasil, assinalado a partir da promulgação de nossa Constituição da República Federativa vigente, nossa Constituição Cidadã¹⁴, como veremos adiante.

1.1.2 O Direito à Saúde no Brasil: a importância da redemocratização e do movimento da reforma sanitária para a formação do Sistema Único de Saúde (SUS)

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), as políticas públicas de saúde tinham como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à viabilidade da produção industrial no incipiente quadro do nacional-desenvolvimentismo¹⁵. Dessa forma, dialogando com uma tal conjuntura econômica, o setor sanitário brasileiro caracterizava-se no período por ser assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista e avesso à noção de priorização de políticas públicas de saúde de aspecto universalista. É o que demonstra Asensi (2012, p. 3):

¹⁴ Batizada dessa forma pelo então presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), Ulysses Guimarães (PMDB), por ser uma Constituição pautada pelos valores democráticos e por incluir direitos individuais, sociais e difusos em um pacto civilizatório que abarcava amplos setores da sociedade.

¹⁵ A política econômica do nacional-desenvolvimentismo se assentava sobre o seguinte trinômio: a) industrialização substitutiva de importações; b) intervencionismo estatal; c) nacionalismo. Foi aplicada entre os anos 1930-1980, atingindo seu ápice no Brasil nos anos 1950 (GONÇALVES, 2012). O trabalhador, portanto, deveria preservar sua saúde apenas por um aspecto contributivo-previdenciário.

De fato, observa-se uma reduzida possibilidade de acesso aos serviços públicos de saúde no período, pois as formas pelas quais o cidadão poderia usufruir foram duas: **a) ser um trabalhador em sentido estrito, ou seja, possuidor de carteira de trabalho assinada e contribuinte da previdência social; b) ser capaz de suportar os custos dos planos privados de saúde que surgiram a partir da década de 70.** (ASENSI, 2012, p. 3, grifo nosso).

Para mudar esse quadro no Brasil, os Departamentos de Medicina Preventiva (DMP's)¹⁶ foram o principal instrumento de apoio para a criação do movimento sanitário com o intuito de unir a teoria à prática da política de saúde em um direcionamento preventivista, de forma dialética, apreendendo os aspectos e contextos políticos, econômicos, sociais e culturais que abarcavam a saúde de forma direta e indireta na política pública.

Nos anos 1970, em plena ditadura militar¹⁷, havia três correntes do pensamento sanitário no ambiente dos DMP's: 1) liberal, caracterizado pela defesa da suposta neutralidade da ciência, com foco no indivíduo e prevalência do setor privado; 2) racionalizador, que almejava uma interação entre a gestão institucionalizada via secretarias de saúde com universidades de pensamento crítico para sintetizar uma proposta viável de saúde pública para a população; e 3) médico-social, com pensamento heterodoxo e de enfrentamento à situação vigente, propondo a teoria como instrumento de luta política, o processo saúde-doença como totalidade, delimitação do campo da saúde coletiva, desmedicalização e controle popular, demandas combinadas com a luta pelo reestabelecimento democrático (SCOREL, 1999).

Nesse período, a ditadura militar se encontrava em uma crise de legitimidade e precisava implementar políticas públicas de saúde para amenizar as desigualdades causadas principalmente pelos anos de chumbo¹⁸ e seu milagre econômico¹⁹. A partir dessa brecha

¹⁶ Os DMP's foram criados na década de 1950 e se consolidaram com a Lei da Reforma Universitária de 1968 (Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968), que, apesar de seu caráter ditatorial e repressivo, tornou a criação dos DMP's obrigatória nas universidades brasileiras. Por essa ironia da história, o ambiente dos DMP's serviu de laboratório para o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira nos anos 1970 e, principalmente, para a redemocratização dos anos 1980. Atualmente, a Lei da Reforma Universitária encontra-se revogada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB) – Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

¹⁷ Não utilizo o termo ditadura civil-militar, ultimamente bem difundido, pois receio a diluição da expressão ditadura militar, já que no período (1964-1985) o alto comando das forças armadas ocupava todo o aparato da estrutura e superestrutura do Estado sendo responsável direto pelos crimes de lesa-humanidade – torturas, execuções, desaparecimentos etc.

¹⁸ “Anos de Chumbo” refere-se ao período de maior repressão e endurecimento da ditadura militar, geralmente entre a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968, e o fim do Governo Médici, em 1974 (GASPARI, 2016).

aberta pelo Estado, ativistas sanitários começaram a ocupar postos estratégicos para que, utilizando uma postura gramsciana²⁰, influenciassem de dentro para fora (“centrifugamente”) a lógica de atuação estatal. Essa tática obteve bastante êxito com programas como o Projeto Montes Claros (MOC) e o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS).

O Projeto Montes Claros (MOC) foi implementado no início da década de 1970 na cidade de mesmo nome situada no norte de Minas Gerais. Pode-se dizer que foi o precursor do Sistema Único de Saúde (SUS), pois sua operação era organizada de forma descentralizada, regionalizada e hierarquizada, e sua implementação se dava segundo um modelo assentado nos princípios da integralidade da assistência sanitária e do atendimento prestado por auxiliares de saúde centrado na administração democrática, eficiente e aberta à participação popular (FLEURY, 1995). O MOC foi uma escola de quadros para o que viria a ser o movimento de Reforma Sanitária brasileiro. (FELIPE, 1993).

Já o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS)²¹, elaborado pelo setor de saúde do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), objetivava a interiorização sanitária por meio dos programas de extensão propostos pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Sua atuação estava centrada principalmente nos grotões do país, onde não havia interesse do mercado privado de saúde. Continha diretrizes parecidas com as do MOC, como universalização, descentralização, acessibilidade, integralidade e participação comunitária. Era implementado a partir de uma rede de minipostos operada por auxiliares da saúde contratados nas próprias regiões atendidas. Podemos considerar o PIASS como precursor do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) (TAVARES, 1993).

Esse acúmulo de experiências contribuiu para a origem do Movimento pela Reforma Sanitária Brasileira (MRSB), o qual reunia toda a dinâmica de luta característica de um movimento social. O MRSB foi assumido por intelectuais-militantes como Sérgio

¹⁹ Período que coincidiu com os anos de chumbo (1968-1974), em que o PIB brasileiro cresceu entre 9,8% (1968) e 13,6% (1973) (GASPARI, 2016).

²⁰ Antônio Gramsci (1891-1937), pensador e militante marxista revolucionário italiano e uma das maiores influências teóricas da Reforma Sanitária Italiana e, conseqüentemente, Brasileira, acreditava na disputa da hegemonia por dentro do aparelho da superestrutura do Estado, em uma tentativa de consolidação de sua influência ideológica perante a sociedade civil. Muito simplificada, essa descrição é a tal “postura gramsciana” a qual me refiro.

²¹ O PIASS foi consolidado, ampliado e expandido a todo território nacional com a publicação do Decreto nº 84.219, de 14 de novembro de 1979. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-84219-14-novembro-1979-433518-publicacaoriginal-1-pe.html>. Acesso em 12 out. 2019.

Arouca²² e David Capistrano Filho²³, por trabalhadores, usuários e gestores da saúde coletiva, artistas, ativistas e partidos políticos, e constituiu-se em uma ideia-síntese que se fortaleceu no final da década de 1970 e, principalmente, no decorrer da década de 1980, com a luta pela redemocratização.

No impulso desse movimento de liberdade e contestação surgiram diversos grupos sociais que ratificaram a luta pela saúde, como as já históricas entidades do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES)²⁴, em 1976, e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde (ABRASCO)²⁵, em 1979, acentuando o debate político-ideológico sobre as pautas e demandas da política pública de saúde em prol da sociedade brasileira.

Seguindo a mesma toada e no bojo da conjuntura pró-redemocratização do Brasil, os anos 1980 foram acompanhados de consideráveis avanços na participação popular, como a criação do Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS)²⁶ e a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS) – uma importante vitória do Movimento pela Reforma Sanitária –, em 1986, ocasião em que foi debatida não só a importância de um Sistema Único de Saúde (SUS), mas também, de forma mais ampla, a necessidade de uma Reforma Sanitária, com a constitucionalização do direito à saúde (PAIM, 2008).

A 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS) foi realizada em Brasília e contou com a presença de quatro mil pessoas, sendo considerado o evento institucional de maior relevância durante o período da denominada Nova República (LUZ, 1994). O documento final foi resultado de três dias de debate nos 135 grupos de trabalho – 38 de delegados e 97

²² Sérgio Arouca (1941-2003) foi um dos maiores nomes da Reforma Sanitária Brasileira, tendo atuação não somente no Brasil mas em vários países da América Latina, influenciando e influenciado pelos sistemas de saúde mais progressistas da época. Foi um dos maiores sistematizadores e ideólogos da Saúde Coletiva brasileira e do Sistema Único de Saúde – SUS, além de professor da Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP), presidente da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e político de alta envergadura em defesa do Direito à Saúde.

²³ David Capistrano Filho (1948-2000) também foi grande líder da consolidação da Reforma Sanitária Brasileira, desenvolvendo ações sanitárias importantes enquanto secretário de saúde e prefeito da cidade de Santos no final da década de 1980, dando, com isso, impulso a ideias matriciais do SUS. Implementou uma gestão exemplar, como a campanha pela conscientização e prevenção sobre o vírus HIV, o programa de combate à cárie infantil, a atuação em prol da Reforma Psiquiátrica, a importância de se ter um orçamento sanitário robusto, enfim, ações e modelos de gestão que se tornaram referências para a afirmação do SUS em nosso país.

²⁴ Mais informações disponíveis em: <http://cebes.org.br/>. Acesso em 12 out. 2019.

²⁵ Mais informações disponíveis em: <https://www.abrasco.org.br/site/>. Acesso em 12 out. 2019.

²⁶ O Programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados (SUDS) foi criado pelo Decreto nº 94.657, de 20 de julho de 1987, e se consolidou como uma proposta de descentralização das ações da política pública de saúde, a qual adotava como diretrizes a universalização e a equidade no acesso aos serviços, integralidade dos cuidados, regionalização dos serviços de saúde, implementação de distritos sanitários, instituições colegiadas gestoras e política de recursos humanos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94657-20-julho-1987-445419-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 12 out. 2019.

de participantes – discutindo as seguintes temáticas e seus desdobramentos: saúde como direito, reformulação do Sistema Nacional de Saúde (resultando posteriormente no SUS) e financiamento/fundo público²⁷ (ESCOREL; BLOCH, 2008).

A Assembleia Nacional Constituinte, realizada entre 1987 e 1988, equalizou as demandas da 8ª CNS em uma disputa ideológica que refletia, nas peculiaridades de um país de modernização conservadora (MOORE JR, 1975), a influência do Estado do Bem-Estar Social europeu e os conflitos político-ideológicos fomentados pelos progressistas e pelo “Centrão”²⁸.

Tal imbróglio democrático originou um sistema de seguridade social híbrido (BOSCHETTI, 2009), pois sistematizado com direitos universais (saúde), dependentes do trabalho (previdência) e seletivos (assistência), não se consolidando como uma política de integração e unificação entre esses direitos constitucionalizados, como relata a autora citada:

(...) estabeleceu-se um sistema de seguridade social que, teoricamente, manteve o princípio de universalidade e integralidade no âmbito da saúde com o Sistema Único de Saúde (SUS), que passou a reestruturar, a partir de 2004, a política de assistência social, com base no Sistema Único de Assistência Social (SUAS), e que fortaleceu a lógica do seguro no âmbito da previdência, sobretudo com as reformas de 1998 e 2003 (BOSCHETTI, 2009, p. 10).

A seguir, demonstraremos especificamente a constitucionalização do direito à saúde em nosso país – priorizando a sistematização de seus principais normativos inseridos em nossa Constituição Federal de 1988, abarcando seus respectivos objetivos, princípios e diretrizes.

1.1.3 A Constitucionalização do Direito à Saúde no Brasil

Passando a uma análise político-jurídica da questão, especificamente em relação à constitucionalização do Direito à Saúde, o texto constitucional conseguiu abarcar o direito

²⁷ A 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) foi tão importante que no ano de 2019 realizou-se em Brasília a 16ª Conferência Nacional de Saúde (8ª + 8) com o mesmo tema principal – Democracia e Saúde – e os mesmos eixos temáticos da 8ª CNS: saúde como direito, consolidação dos princípios do SUS e financiamento do SUS. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/16cns/>. Acesso em 29 out. 2019.

²⁸ Segundo o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Fundação Getúlio Vargas (FGV), o termo “Centrão” corresponde a “grupo suprapartidário com perfil de centro e direita criado no final do primeiro ano da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 para dar apoio ao presidente José Sarney”. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>. Acesso em 12 out. 2019.

sanitário de uma forma mais geral e ampliada, de maneira a se colocar em sintonia com os desejos da população e os anseios do debate em torno do Movimento Sanitário com seus variados matizes.

Já no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, se inicia a proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil²⁹. De forma complementar, o inciso IV do art. 3º afirma como objetivo da República brasileira a promoção do bem de todos³⁰. Por sua vez, o art. 5º prevê a inviolabilidade do direito à vida³¹ e, finalmente, o art. 6º, a noção de que o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais³².

Outro dispositivo importante presente em nossa Constituição Federal é o art. 196, que prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: “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”³³.

Um aspecto relevante e que envolve a participação dos entes federativos diz respeito às suas respectivas competências comuns e concorrentes. O art. 23, inciso II, relata que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios³⁴, enquanto o art. 24, inciso XII, delimita

²⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – **adignidade da pessoa humana**” (CF/88, grifo nosso).

³⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF/88, grifo nosso).

³¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)” (CF/88, grifo nosso).

³² “Art. 6º São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CF/88, grifo nosso).

³³ “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” (CF/88).

³⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (CF/88).

a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde³⁵.

Outro ponto de destaque dado pela nossa Constituição ao direito à saúde é seu aspecto de relevância pública (art. 197, CF/88)³⁶. A relevância pública abarca os objetivos e fundamentos que dão lastro à aplicação das políticas públicas consoantes à República Federativa do Brasil, e que estão consolidados nos art. 1º e 3º de nossa Carta Política de 1988 como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem comum e a erradicação da pobreza. A efetivação do direito à saúde, principalmente no contexto brasileiro, é uma luta constante para garantir e avançar nesses objetivos e fundamentos da República, portanto, não há dúvida que o direito à saúde é um direito de relevância pública³⁷ (ARAÚJO, 2004).

Weichert (2005) ratifica essa qualificação de relevância pública ao interpretar que a saúde, dentre os direitos sociais, é prioritária, não devendo ser menosprezada frente aos demais, principalmente em relação à destinação de recursos financeiros. À saúde deve ser assegurado um financiamento que corresponda à sua relevância em comparação com outros direitos, tais como os civis, econômicos, políticos ou até mesmo sociais. O direito à saúde deve ser priorizado no orçamento público pelo fato de ser classificado, constitucionalmente, como ação e serviço de relevância pública.

Em uma análise mais geral sobre o Direito à Saúde na Constituição, Barroso (2012) classifica-o como norma constitucional definidora de direitos. Segundo o atual ministro do STF, essas normas criam para seus beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. E caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo Estado ou por quem tenha o dever jurídico de realizá-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por meio de ação judicial. Assim, se ratifica, de forma incisiva, o direito subjetivo, ou seja, o poder de ação, de exigir a satisfação de um determinado interesse.

³⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
(...)

XII – previdência social, **proteção e defesa da saúde**” (CF/88, grifo nosso).

³⁶ “Art. 197. **São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado” (CF/88, grifo nosso).

³⁷ Trataremos, de forma mais aprofundada, da questão do direito à saúde como um direito de relevância pública no quarto e último capítulo desta tese, quando invocaremos alternativas jurídico-políticas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a Constituição Federal.

Complementando a afirmação anterior e, ao mesmo tempo, fornecendo um direcionamento inovador, Delduque (2015) advoga que o direito à saúde também deve ser efetivado não somente pelos meios tradicionais de judicialização da saúde – ações judiciais via custosos processos individuais, geralmente em pedidos com tutela de urgência – mas também por Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC), tal qual a Mediação Sanitária, este com o condão de se constituir como um novo paradigma para a efetivação da política pública de saúde no Brasil³⁸, como explica Delduque (2015):

(...) é preciso inculcar uma nova prática, uma nova cultura no âmbito do SUS. Uma vigilância permanente dos conflitos sanitários, que podem ocorrer de muitos modos. A construção de núcleos de Mediação Sanitária, no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para operar a mediação interna ao sistema e externa com seus usuários, há de ser um novo paradigma a substituir a litigância e a judicialização (DELDUQUE, 2015, p. 6).

A seguir, citamos *en passant* jurisprudência do Supremo – pois a aprofundaremos no próximo tópico, quando discutiremos as fases de judicialização – com o objetivo de destacar o emblemático art. 196 da Constituição Federal, que produziu balizadoras decisões no STF, como o Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS³⁹, que sistematizou a matéria junto à Corte máxima do seguinte modo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000).

Destarte, corroborando a relevância do direito à saúde, Dallari (2008/9) afirma que sua eficácia e implementação vêm sendo fortalecidas ao longo dos anos em virtude da

³⁸ Para aprofundamento do acesso à justiça e seus modernos desdobramentos, consultar Delduque (2015). Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf. Acesso em 12 out. 2019.

³⁹ Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário 271286. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=226&dataPublicacaoDj=24/11/2000&incidente=3542020&codCapitulo=5&numMateria=37&codMateria=3> Acesso em 12 out. 2019. Como veremos, este Agravo será um dos julgados a ser analisado na segunda fase de decisão do STF denominada Absolutização da Saúde, que demonstraremos na segunda parte deste capítulo sobre o conceito judicializado de direito à saúde.

marcante característica de participação popular em sua construção e sua estruturação como um sistema de saúde, pois, ao contrário de outros direitos sociais constitucionalizados, o direito à saúde “tem sua garantia claramente vinculada às políticas sociais e econômicas, às diretrizes do sistema expressamente formuladas, **envolvendo a participação da comunidade.**” (DALLARI, 2008/2009, p.11, grifo nosso).

Por fim, não podemos deixar de sublinhar a complexidade e profundidade da estruturação e efetivação do direito à saúde por meio do SUS, abarcando vários campos do saber em uma intensa interdisciplinaridade, como ressalta Alves (2015): “na atual sociedade contemporânea, não é possível falar em direito à saúde sem considerar questões sociais, econômicas, territoriais, políticas, tecnológicas etc.” (ALVES, 2015, p. 4).

Por sua vez, a complexidade da interpretação hermenêutica do direito à saúde – sem descuidar da importância da interpretação normativo-constitucional – pode ser entrevista na seguinte afirmação, a qual informa que o direito à saúde “(...) é um direito complexo, que demanda intervenções e produção de conhecimento igualmente complexos” (MARQUES, 2015, p.3). Dessa forma, segundo Marques (2015):

(...) para a garantia do direito à saúde é preciso que o operador do direito conheça não só o texto normativo, mas também o contexto em que este direito se insere. É preciso que conheça as muitas implicações que seus atos podem ocasionar no plano político, econômico e médico-sanitário e, para tanto, a ciência jurídica precisa avançar para além do estrito paradigma positivista de aplicação e produção do direito (MARQUES, 2015, p. 3)

Na discussão precedente, sintetizamos os elementos de formação do conceito do direito à saúde constitucionalizado no Brasil, os quais podemos resumir no seguinte quadro:

Quadro 1 - Elementos de Formação do Conceito do Direito à Saúde Constitucionalizado no Brasil – CF/88 e Lei 8.080/1990

Documento Jurídico	Debate Político	Redação Normativa
Pré-normatização/ Redemocratização:8ª Conferência Nacional da Saúde (1986)	Movimento da Reforma Sanitária Brasileira – MRSB	Não se aplica (debates na Assembleia Constituinte)
Constituição Federal/1988	Conceito Geral de Saúde	Direito de todos e dever do Estado.
Constituição Federal/1988	Ações e Serviços de	Relevância pública.

Saúde		
Constituição Federal/1988	Entes públicos	Competência comum e concorrente de todos os entes públicos (União, Estado, DF e Municípios).
Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080/1990	Objetivos	- Identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; políticas econômicas e sociais que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; - assistência às pessoas; - ações assistenciais e atividades preventivas.
Constituição Federal/1988	Diretrizes	Descentralização, atendimento integral, participação da comunidade.
Constituição Federal/1988 Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990)	Principais Princípios	Universalidade, integralidade, igualdade, participação da comunidade, descentralização político-administrativa.

Fonte: elaboração própria.

Portanto, como constatamos, a efetivação do direito à saúde na Constituição brasileira, isto é, o conceito de direito à saúde constitucionalizado, foi resultado de uma demanda democrática, com participação popular, formação técnica e política, cooperação interfederativa, financiamento, ativismo jurídico, políticas sociais e econômicas, no intuito de materializar a concepção integral do complexo Sistema Único de Saúde (SUS), base fulcral da militância sanitarista.

1.2 AS QUATRO FASES DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: o conceito judicializado

Depois de demonstrarmos a evolução normativo-institucional do conceito de direito à saúde constitucionalizado – a qual perpassou desde a concepção do conceito por meio de tratados internacionais até seu advento no Brasil, por obra da atuação do movimento democrático da Reforma Sanitária, cujo esforço levou à sua assimilação pela Constituição Cidadã de 1988 sob a forma de direito fundamental à saúde –, passaremos, a partir deste momento, a demonstrar o panorama descritivo da trajetória do conceito do direito à saúde judicializado ou sobre a denominada “judicialização da saúde” em nosso

direito pátrio. Analisaremos não apenas o conceito específico de judicialização, mas também as principais discussões envolvidas nas quatro fases de decisão a partir do Supremo Tribunal Federal – STF e suas respectivas consequências e impactos para o cenário do Direito Constitucional Sanitário em nosso país.

Portanto, dada a importância de abordamos o tema da judicialização da saúde no Brasil, analisaremos primeiramente as causas contextuais que deram ensejo ao desenvolvimento e consolidação do conceito geral de judicialização utilizado por cientistas políticos e juristas a partir da clássica obra de Tate e Vallinder (1995) para, logo após, analisarmos as especificidades da judicialização da saúde, destacando, de modo inovador, quatro períodos históricos de julgamento por parte da mais alta corte do nosso país (STF), unindo referências bibliográficas e pesquisa jurisprudencial desde os anos 1990 até os dias atuais. Ao final, com base nessas análises, tentaremos esboçar um conceito judicializado de direito à saúde no Brasil.

1.2.1 Justificativas para o Estudo da Judicialização da Saúde no Brasil

A judicialização da saúde no Brasil tem ganhado notoriedade com o passar dos anos, principalmente em função de dois motivos que aqui destacamos e que tomamos como justificativa para a análise do fenômeno: a) recrudescimento do quantitativo de processos judiciais envolvendo tal área temática; e b) aumento do gasto financeiro estatal para cumprimento de determinações judiciais em prol da efetivação do direito à saúde.

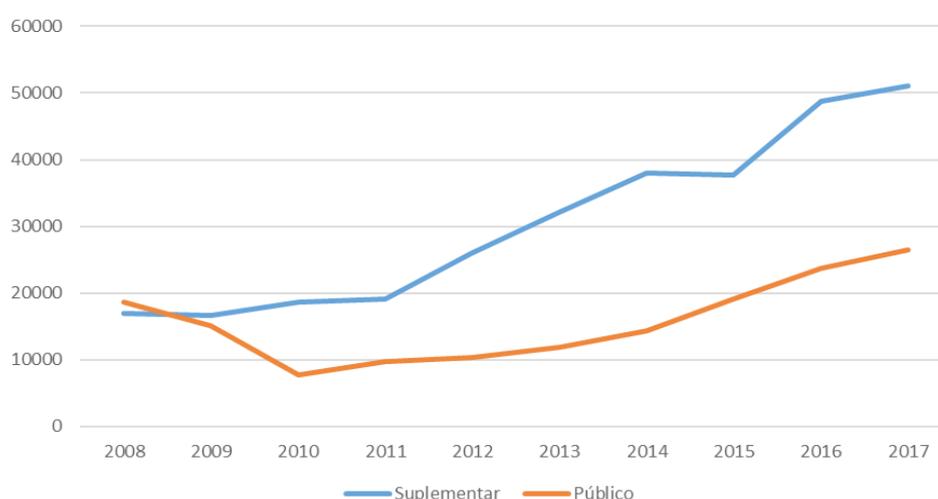
Sobre o primeiro destaque – recrudescimento do quantitativo de processos judiciais na área da saúde – o relatório “Justiça em Números 2017”⁴⁰, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ressaltou que do ano de 2015 para 2016 houve um aumento de mais de 50% (cinquenta por cento) no número de processos relacionados ao tema, passando de 792.851 (setecentos e noventa e dois mil, oitocentos e cinquenta e um) para 1.346.931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e um). Essa contabilização inclui processos judiciais de saúde de natureza cível ajuizados até 31 de dezembro de 2016 e em trâmite no 1º e no 2º grau de jurisdição nos Juizados Especiais, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Turmas Recursais e Turmas Recursais de Uniformização.

⁴⁰ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 12 out. 2019.

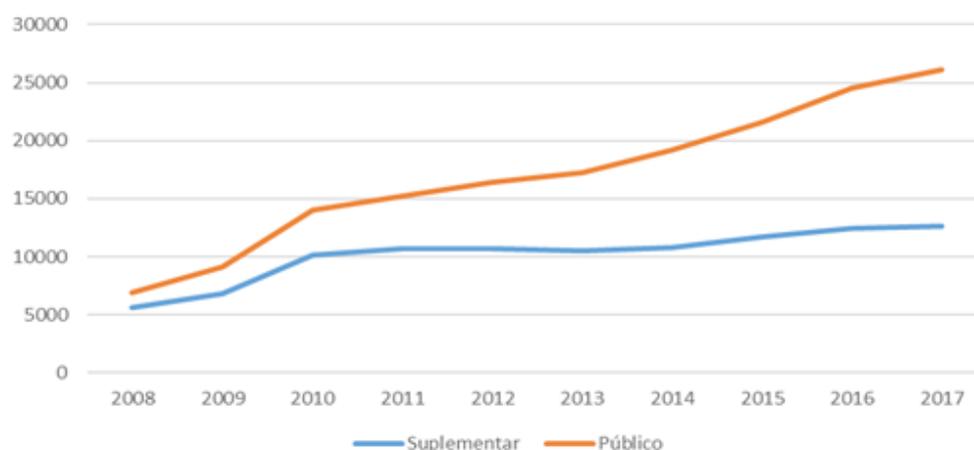
As Figuras 1 e 2 abaixo – correspondentes a dados da 1ª e da 2ª instâncias, respectivamente – publicadas por estudo ainda mais atualizado, coordenado pelo CNJ e Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) (2019), demonstram que houve um crescimento de 130% (cento e trinta por cento) no número de demandas relativas à saúde na Justiça brasileira (demandas de saúde pública e suplementar) quando analisado o período de 2008 a 2017.

Figura 1 - Evolução do Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância) – Saúde Pública e Saúde Suplementar



Fonte: Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ/INSPER, 2019). Reprodução.

Figura 2 - Evolução do Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (2ª Instância) – Saúde Pública e Saúde Suplementar



Fonte: Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (CNJ/INSPER, 2019). Reprodução.

Por seu turno, o Gráfico 1 abaixo, produzida pela equipe técnica do Ministério da Saúde (2017) e relacionada ao segundo destaque aqui citado – aumento do gasto financeiro estatal para cumprimento de determinações judiciais em prol da efetivação do direito à saúde –, demonstra que houve um aumento do gasto financeiro em relação às demandas de saúde em torno de 1010% (mil e dez por cento) no período que compreende os anos de 2010 a 2016, sendo que 90% (noventa por cento) do total desse valor foi destinado à compra de apenas 10 (dez) medicamentos de alta complexidade.⁴¹

O aumento do gasto financeiro para cumprimento de determinações judiciais consumido por todos os entes – União, estados, Distrito Federal e municípios – somou um total em torno de R\$ 7 bilhões/ano (2016) com ações relativas especificamente à aquisição de medicamentos em virtude de demandas emanadas de processos judiciais. A União, por exemplo, segundo dados do próprio Ministério da Saúde apresentados na Audiência Pública realizada em 11 de dezembro de 2017 no CNJ, constatou que seus gastos com medicamentos cresceram de R\$ 122,6 milhões de reais em 2010 para R\$ 1,313 bilhão de reais em 2016, um aumento de mais de 1.010% (mil e dez por cento), conforme Gráfico 1 seguir:

Gráfico 1 - Evolução do gasto da União com medicamentos judicializados



Fonte: Ministério da Saúde em apresentação na Audiência Pública de dezembro de 2017 no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

⁴¹ Segundo dados de 2016, divulgados pelo Ministério da Saúde na Audiência Pública intitulada “Prestação da Jurisdição em Processos Relativos à Saúde”, realizada em dezembro de 2017 e promovida pelo CNJ, os medicamentos mais caros que representavam 90% (noventa por cento) dos gastos totais eram os seguintes: soliris (eculizumabe), vimizim (elosulfase), translarna (atalureno) 1000 mg e 250 mg, juxtapid (lomitapida), replagal (alfagalsidase), cinryze (inibidor de C1 esterase) e myalept (metreleptina). Material completo da audiência pública disponível em: <https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdiacao-em-processos-relativos-a-saude>. Acesso em: 12 out. 2019.

1.2.2 Do Conceito de Judicialização

A maioria dos estudos científicos que aborda o conceito de judicialização (CASTRO, 1996; MACIEL; KOERNER, 2002; BARROSO, 2010/2017; VERONESE, 2009) é uníssona em apontar a obra de Tate e Vallinder (1995) como precursora da sistematização desse conceito, assim como do seu respectivo desenvolvimento. Tal obra teve especial repercussão nas áreas das ciências sociais, ciência política e direito, este inserido no âmbito das ciências sociais aplicadas.

O conceito de judicialização utilizado por Tate e Vallinder (1995) corresponde a duas características sedimentares que ainda influenciam o debate em torno da questão. A primeira descreve a amplitude de atuação do Poder Judiciário em searas antes consideradas exclusivas do Poder Executivo e Legislativo e a segunda demonstra como esses mesmos poderes – responsáveis pela administração pública e elaboração de leis – foram subsumidos à influência do procedimentalismo jurisprudencial no seu *modus operandi*, de modo a realçar o protagonismo do Poder Judiciário dos anos 1980/1990 até os nossos dias.

Dessa forma, conforme Castro (1996), os componentes da judicialização da política, segundo a obra de Tate e Vallinder (1995), são os seguintes:

- (1) um novo “ativismo judicial”, i.e., uma nova disposição de tribunais judiciais no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos jurisprudenciais (muitas destas questões até recentemente ficavam reservadas ao tratamento dado pelo Legislativo ou pelo Executivo); e
- (2) o interesse de políticos e autoridades administrativas em adotar (a) procedimentos semelhantes ao processo judicial e (b) sobretudo parâmetros jurisprudenciais, em suas deliberações (muitas vezes, o Judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros) (CASTRO, 1996, p. 2).

A construção do conceito de judicialização consolidou-se com o advento de alguns típicos elementos de mudanças políticas e sociais que aconteceram no Brasil e em parte do mundo nas décadas de 1980/90 e que influenciaram o comportamento das instituições republicanas, assim como seus agentes em sua operacionalização, com consequência direta na implementação de políticas públicas.

Para Tate e Vallinder (1995), as mudanças que ocasionaram o fenômeno da judicialização em parte do mundo ocidental foram as seguintes: a) consolidação da democracia liberal; b) ratificação da teoria da separação dos poderes; c) desenvolvimento

de políticas públicas para assegurar direitos normativamente constituídos; d) utilização dos tribunais por grupos de interesses (*lobby*); e) utilização dos tribunais pelas oposições políticas; f) ineficácia das instituições políticas para o cumprimento da vontade das maiorias (*majoritarian institutions*); e g) avaliação negativa das instituições de produção e implementação de políticas públicas.

Houve, portanto, mudanças de cunho jurídico-político que foram decisivas para a contínua expansão do fenômeno da judicialização, como a consolidação da democracia ocidental com o fim da denominada Guerra Fria, o conseqüente alargamento de constituições participativas para vários países e seus respectivos mandamentos sobre elaboração e execução de políticas públicas que, caso não fossem implementadas, poderiam ser judicializadas, fazendo com que se fortalecesse a figura do Poder Judiciário e, concomitantemente, forçasse uma atuação apenas subsidiária dos Poderes Executivo e Legislativo.

Sobre o conceito de judicialização e de seus fatores condicionais, Barroso (2010) – que amplia a expressão para “judicialização da vida” – relata, seguindo a trilha de Tate e Vallinder (1995), que “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2010, p.3). Tal fenômeno, no seu entender, contém várias implicações de natureza linguística, argumentativa e de participação popular, na medida em que juízes e tribunais obviamente atuam em um formato institucional diverso das instâncias preponderantemente executivas e legislativas.

Para Barroso (2017), as causas da judicialização no Brasil se resumem a três elementos fundamentais: a) redemocratização do país tendo como ápice a promulgação da Constituição da República de 1988, o que fortaleceu a concepção do Judiciário como poder político; b) a constitucionalização de políticas públicas que podem ser judicializadas para seu efetivo cumprimento, o que o autor denomina de constitucionalização abrangente; e c) consolidação e ampliação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade com o direito de propositura amplo previsto no art. 103 da Constituição da República⁴².

⁴² “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

Veronese (2009) também aquiesce com a tendência da literatura jurídica nacional e latino-americana de seguir o clássico conceito de judicialização de Tate e Vallinder (1995), mas aponta críticas no sentido de que se precisaria realizar a separação entre as condicionantes culturais e institucionais que o originou, o que seria relevante em relação às condutas dos integrantes do Poder Judiciário para que se possa extrair elementos de definição de um instrumento de análise. Conforme Veronese (2009): “O problema conceitual passa pela definição de um instrumental analítico capaz de mensurar, claramente, as condicionantes culturais do processo de judicialização, bem como separá-las, (...) dos elementos institucionais” (VERONESE, 2009, p. 254).

Apesar dessa crítica construtiva em busca de uma aferição científica do conceito de judicialização, Veronese (2009) avalia como algo positivo o fato de que o conceito de judicialização no Brasil não está preso a uma concepção normativa e limitada, mas refere-se à fluidez de transição política e social externando a alternância de protagonismo entre os poderes que constituem a nossa república. Para o autor, “Em suma, o conceito de judicialização descreve um processo social. É um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Poder Judiciário e os outros dois poderes sociais” (VERONESE, 2009, p. 257).

Dessa forma, trabalharemos o conceito de judicialização – em relação à especificidade da judicialização da saúde – como abordado pelos autores mencionados, utilizando como referencial a concepção clássica da obra de Tate e Vallinder (1995). Discorreremos, assim, sobre a judicialização como um protagonismo do Poder Judiciário não somente em decisões jurídicas, baseadas na Constituição e na jurisprudência, como também e cada vez mais em decisões sobre elaboração e implementação de políticas públicas lastreadas na normatização constitucional dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde.

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (CF/88).

1.2.3 As fases de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Judicialização da Saúde no Brasil: construindo um conceito judicializado de direito à saúde

Como vimos, o Brasil possui características condicionantes que facilitaram um campo de atuação da judicialização da política, tais como: um retorno à democracia depois de anos de ditadura militar; a promulgação de uma Constituição dirigente, que consolidou importantes direitos fundamentais sociais como o direito à saúde; e, com o passar dos anos, a formação de um duplo movimento de esvaziamento e descrédito do exercício institucional pertencente aos poderes Executivo e Legislativo, que culminou na assunção de um protagonismo por parte do Poder Judiciário. Tal protagonismo judicial faz-se perceber até mesmo na tomada de decisões sobre organização e implementação de políticas públicas relativas a direitos sociais, como a especificidade de nosso direito fundamental à saúde, nos casos, por exemplo, de concessão de medicamentos de alto custo ausentes da regulamentação da política pública via SUS.

Dessa forma, a judicialização da saúde no Brasil pode ser conceituada como a transferência de decisão sobre demandas relativas à política pública de saúde para o Poder Judiciário, que a exerce com protagonismo. Para tanto, conta com a participação subsidiária de outras instituições essenciais à justiça, tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a representação de advogados – Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) –, na tentativa de se forjar um diálogo com gestores do SUS em busca de soluções para a situação sanitária do país.

Um tal arranjo institucional requer bom senso e sensibilidade interdisciplinar, principalmente do Poder Judiciário em relação aos poderes Executivo e Legislativo, com o objetivo de que sejam preservados a competência de atuação e o fluxo de resolução de demandas na área da política pública de saúde, evitando-se, com isso, uma deturpação provocada pela judicialização da saúde. Nesse sentido, Oliveira e colaboradores (2015) afirmam o seguinte:

É certo que, embora a Constituição garanta o princípio da inafastabilidade do órgão judicante para resolução dos conflitos, garantindo a qualquer cidadão recorrer ao terceiro poder para ver o seu direito assegurado, em caso de lesão ou ameaça, muitas vezes, a decisão jurídica pode influir nas decisões coletivas tomadas pelo sistema político. E disso pode resultar um Judiciário que decide politicamente sem a estrutura necessária para atuar com a lógica, o ritmo e a prática do sistema político, formulador e executor das políticas. Com o setor da saúde, esse fenômeno ocorre de

maneira exacerbada, o que se convencionou chamar de judicialização da saúde (OLIVEIRA *et al.*, 2015).

No campo prático, por exemplo, as demandas da Judicialização da Saúde geralmente envolvem questões da denominada microjustiça. Isso se consubstancia em pleitos de caráter meramente individuais, como solicitações de medicamentos de alto custo, vagas em leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI), tratamentos fora de domicílio (TFD), consultas médicas, cirurgias, uso de órteses e próteses etc. O resultado desse conjunto de reivindicações impacta de maneira significativa sobre o orçamento da seguridade social e gera reflexos na cultura política, social e econômica do direito à saúde, suscitando discussões sobre os princípios da dignidade da pessoa humana, da reserva do possível e do mínimo existencial⁴³.

Em relação à influência desse debate na cultura jurídica nacional, abordaremos a linha evolutiva das decisões sobre a judicialização da saúde pelo STF, desde os anos 1990 até os dias atuais, delimitando quatro importantes fases de julgamento da Suprema Corte: a) não-ativismo (1988-1996); b) absolutização da saúde (1997-2003); c) custo dos direitos: mínimo existencial x reserva do possível (2004-2009); d) Medicina Baseada em Evidências (MBE) (2009 até os dias atuais). Lembrando que tentaremos responder aos seguintes questionamentos: qual o panorama descritivo da judicialização da saúde, seus impactos e consequências, a partir das quatro fases de decisão do STF? Seria possível, com base nas decisões do STF, formular um conceito judicializado de direito à saúde?

A justificativa pela qual escolhemos a cúpula do Poder Judiciário – o STF – como objeto dessa análise reside não apenas no fato de que se trata da corte judicial máxima do Sistema de Justiça de nosso país, mas também de que a ela compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal⁴⁴. Portanto, em tese, tal órgão exerce a função institucional de guardião do Direito Constitucional à Saúde. Soma-se a isso o fato da instituição em questão ser o local por excelência de onde normalmente reverberam as decisões mais importantes sobre o direito à saúde para outras instâncias de julgamento, podendo aprovar, de acordo com a Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e

⁴³ As questões suscitadas pela reserva do possível e o mínimo existencial em relação ao direito à saúde no Brasil serão debatidas nos próximos capítulos.

⁴⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (CF/88).

municipal (Art. 103-A, CF/88)⁴⁵, o que lhe confere o condão de influenciar, de modo decisivo, o debate conceitual em torno do direito à saúde no Brasil.

1.2.3.1 1ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Não-Ativismo

Classificamos a primeira fase de decisão do STF sobre a concretização do direito à saúde como “Não-Ativismo”, já que o primeiro julgado sobre o tema a aparecer no sítio eletrônico da suprema corte⁴⁶ delonga-se em um vácuo jurisdicional de quase uma década pós-Constituição de 1988.

Desse modo, a fase do Não-Ativismo prolonga-se da vigência da Constituição da República em 1988, com a promulgação dos direitos fundamentais sociais, até o ano de 1997, quando o STF decide sobre a Petição 1.246/SC, que teve como relator o ministro Celso de Mello, sobre o caso de menor portador de doença rara – Distrofia Muscular de Duchene⁴⁷. Ou seja, foram necessários quase dez anos para que um caso de judicialização da saúde chegasse à Suprema Corte.

Os principais argumentos alegados para a fase de não-ativismo do STF em relação à judicialização da saúde dizem respeito à persistente interpretação do caráter de programaticidade e de eficácia limitada das recentes normas constitucionalizadas relacionadas ao direito à saúde, além da justificativa da reserva do possível, “esta como uma condição de restrição fática caracterizada pela escassez de recursos públicos ponderada em situações concretas que envolvam direitos sociais prestacionais” (MOREIRA, 2011, p. 99). Por sua via, tais argumentos são aludidos no Recurso em Mandado de Segurança – RMS 6564/RS, apreciado em 1996 pelo STJ:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PARA EFEITO DE CONCESSÃO DE SEGURANÇA, É AQUELE RECONHECÍVEL DE PLANO E DECORRENTE DE LEI EXPRESSA OU DE PRECEITO

⁴⁵ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, CF/88).

⁴⁶ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 12 out.2019.

⁴⁷ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>. Acesso em 12 out. 2019.

CONSTITUCIONAL, QUE ATRIBUA, AO IMPETRANTE, UM DIREITO SUBJETIVO PRÓPRIO. **NORMAS CONSTITUCIONAIS MERAMENTE PROGRAMÁTICAS** – AD EXEMPLUM, O DIREITO A SAÚDE – PROTEGEM UM INTERESSE GERAL, TODAVIA, **NÃO CONFEREM, AOS BENEFICIÁRIOS DESSE INTERESSE, O PODER DE EXIGIR SUA SATISFAÇÃO** – PELA VIA DO MANDAMUS – EIS QUE NÃO DELIMITADO O SEU OBJETO, NEM FIXADA A SUA EXTENSÃO, ANTES QUE O LEGISLADOR EXERÇA O MUNUS DE COMPLETÁ-LAS ATRAVES DA LEGISLAÇÃO INTEGRATIVA. **ESSAS NORMAS (ARTS. 195, 196, 204 E 227 DA CF) SÃO DE EFICÁCIA LIMITADA**, OU, EM OUTRAS PALAVRAS, NÃO TÊM FORÇA SUFICIENTE PARA DESENVOLVER-SE INTEGRALMENTE, ‘OU **NÃO DISPÕEM DE EFICÁCIA PLENA**’, POSTO QUE **DEPENDEM, PARA TER INCIDÊNCIA SOBRE OS INTERESSES TUTELADOS, DE LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR**. NA REGRA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE “TODOS TÊM DIREITO E O ESTADO O DEVER” – DEVER DE SAÚDE – COMO AFIANÇAM OS CONSTITUCIONALISTAS, “NA REALIDADE TODOS NÃO TÊM DIREITO, PORQUE A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O CIDADÃO E O ESTADO DEVEDOR NÃO SE FUNDAMENTA EM VINCULUM JURIS GERADOR DE OBRIGAÇÕES, PELO QUE FALTA AO CIDADÃO O DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO, Oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes”. NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, **A NENHUM ORGÃO OU AUTORIDADE É PERMITIDO REALIZAR DESPESAS SEM A DEVIDA PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA, SOB PENA DE INCORRER NO DESVIO DE VERBAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. DECISÃO INDISCREPANTE.**” (STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448, grifo nosso).

Segundo o entendimento acima, o Poder Legislativo precisava aprovar um corpo de normas infraconstitucionais regulamentando e suprimindo de eficácia a Constituição recém promulgada, inclusive, e de maneira primordial, em seus ditames orçamentários. Visto que com o passar dos anos o Legislativo falhou nesse intuito, pelo menos em responder no ritmo e pressão esperados pela sociedade civil, esta saiu de sua posição de inércia e iniciou uma série de reivindicações junto ao Poder Judiciário, gerando, conseqüentemente, uma espécie de rusga republicana entre esses poderes. Conforme ressalta Reisseinger (2007):

Parte da dificuldade em se avançar no sentido da efetividade dos novos direitos é depositada ao Legislativo, que não consegue obter o consenso necessário para aprovação de normas infraconstitucionais que desenvolvam e regulamentem direitos sociais e econômicos. Não obstante, o cidadão vai ao Judiciário na esperança de ver reconhecido, garantido e efetivado um direito constitucionalmente positivado (REISSINGER, 2007, p. 1773).

A fase que classificamos como “Não-Ativismo” do STF tem seu termo na segunda metade dos anos 1990, na tentativa de se buscar uma solução para os demandantes diante da inércia do poder Executivo na organização e implementação da política pública de saúde e, principalmente, no interesse de sanar o vácuo de atuação do poder Legislativo sobre a regulamentação do direito fundamental à saúde.

1.2.3.2 2ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal: Absolutização da Saúde

Caracterizamos a segunda fase de decisão do STF como “absolutização da saúde” (RIBEIRO; VIDAL, 2018). Dá causa a tal denominação o fato de que o Pretório Excelso (STF) concedia a imensa maioria ou basicamente todas as reivindicações jurídicas a respeito do direito constitucional à saúde sem limitar sua abrangência, absolutizando, dessa maneira, principalmente o art. 196 da Constituição Federal⁴⁸, retirando-o, assim, do raio de programaticidade e de eficácia limitada em que estava inserido. Ou seja, absolutização da saúde significava conceder o direito à saúde de modo absoluto, sem relativizá-lo, incluindo a integridade normativa de seus objetivos, princípios e diretrizes constitucionalizados na Carta Política de 1988.

O STF também decide nessa fase que a concretização do direito à saúde – seja a concessão de medicamentos de alto custo ou o tratamento para uma doença rara no exterior – deveria ser efetivada com a máxima brevidade possível, independentemente da ausência de recursos financeiros para seu respectivo custeio, mesmo que tal modo de proceder onerasse todo o processo de licitação de entrega de medicamentos ou de abertura para tratamento de alta complexidade, por exemplo.

As decisões dessa fase baseavam-se no princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁹, no direito inalienável à vida⁵⁰ e no valor saúde como um mínimo existencial para

⁴⁸ 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 (CF/88).

⁴⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)

III - a dignidade da pessoa humana (CF/88, grifo nosso).

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (CF/88, grifo nosso).

todo ser humano⁵¹. A 2ª fase de decisão do STF se consolida do ano 1997, com o julgamento da Petição (PET) 1.246-SC e tem seu fecho com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, de 2004, quando finalmente ocorre algum grau de limitação em torno da matéria.

Segundo Wang (2008), Neto (2015) e Pedron e Neto (2018), as principais decisões da fase de Absolutização da Saúde pelo STF são as seguintes: PET 1.246/SC – 1997, Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 238.328-0/RS-1999, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS-2000 e Recurso Extraordinário nº 195.192-3/RS-2000, conforme quadro a seguir, com suas respectivas ordens temáticas:

Quadro 2 - Principais Julgados da 2ª Fase de Decisões do STF – Absolutização da Saúde

Principais Julgados da 2ª Fase de Decisões do STF	Ano	Assunto	Ministro relator
PET 1.246/SC	1997	Transplante para menor impúbere de células mioblásticas para tratamento de doença rara – Distrofia Muscular de Duchene.	Celso de Mello
Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 238.328-0/RS	1999	Medicamento de alta complexidade (alto custo) para tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/HIV.	Marco Aurélio Mello
Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286-8/RS	2000	Medicamento de alta complexidade (alto custo) para tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/HIV.	Celso de Mello

⁵¹ Para Torres (2008), “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2008, p. 8). Analisaremos e problematizaremos o conceito de mínimo existencial e sua relação com o direito à saúde no capítulo terceiro desta tese.

Recurso Extraordinário 195.192-3/RS	2000	Medicamento importado de alta complexidade (alto custo) para tratamento de doença rara metabólica denominada fenilcetonúria também para menor.	Marco Aurélio Mello
--	------	--	---------------------

Fonte: elaboração própria com base em pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF.

Na PET 1.246/SC⁵², precursora da fase de Absolutização da Saúde, em que se discute transplante para menor impúbere de células mioblásticas para tratamento de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene, o ministro Celso de Mello argumenta favoravelmente ao autor com a seguinte passagem:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), **ou fazer prevalecer**, contra essa prerrogativa fundamental, **um interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: **o respeito indeclinável à vida** (STF – Pet:1.246/SC, Relator Min. Celso de Mello, j.02/02/1999; DJ 13/02/1997, grifo nosso).

Portanto, fica evidente na decisão proferida pelo ministro Celso de Mello que se estava construindo uma nova orientação pelo STF a respeito do direito à saúde: o direito fundamental e social à saúde estava juridicamente acima da contenção de gastos realizada pelo Estado, o mínimo existencial do valor saúde estava acima da reserva do financeiramente possível, assim como as normas constitucionais sobre o direito à saúde estavam providas de eficácia plena, não sendo mais classificadas como meramente programáticas.

Extrai-se, portanto, da decisão supramencionada, sobre o dilema suscitado entre proteger a inviolabilidade do direito à vida ou fazer prevalecer um interesse financeiro e secundário do Estado – vê-se bem que o ministro relator iguala interesse financeiro a um problema lateral a ser resolvido pelo Estado – que há uma só opção quando o assunto é direito à saúde: o respeito indeclinável à vida.

⁵² Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774>. Acesso em 13 out. 2019.

Já o caso do Recurso Extraordinário (RE) nº 195.192-3/RS⁵³ – também uma solicitação de menor, portador de doença rara metabólica denominada fenilcetonúria, que pleiteava medicamento importado de alto custo para seu tratamento – foi julgado com a mesma argumentação da Petição 1.246 acima, desta vez tendo como relator o ministro Marco Aurélio Mello, que afirmou: “O Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que **problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente**” (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j.22/02/2000; DJ 31/03/2000, grifo nosso).

A decisão do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 238.328-0/RS⁵⁴, cujo relator também foi o ministro Marco Aurélio, ratifica, por sua vez, a prioridade máxima do direito à saúde aos demandantes, com base em um conceito ainda em construção que se aproxima do mínimo existencial, vencendo, mais uma vez, as teses da Fazenda Pública de norma programática e ausência de recursos financeiros do Estado, como se vê:

Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. **É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem** (STF AgR em AI n.º 238.328-0/RS, Relator Min. Marco Aurélio; DJ 18/02/2000, grifo nosso).

Por fim, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AgR no RE nº 271.286-8/RS⁵⁵, que apresentou como relator o ministro Celso de Mello, tratava de paciente

⁵³ “MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (STF, RE 195192/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j.22/02/2000; DJ 31/03/2000, p. 60).

⁵⁴ “COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. (...) SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento pelo Estado dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (STF AGR em AI nº 238.328-0/RS, Relator Min. Marco Aurélio; DJ 18/02/2000).

⁵⁵ Ementa: Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – fornecimento gratuito de medicamentos – dever constitucional do poder público (CF, ARTS. 5º, CAPUT, e

portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (HIV/AIDS) que estava pleiteando fornecimento gratuito de medicamentos para seu tratamento, pois demonstrava frágil quadro clínico e o agravante de uma condição social hipossuficiente.

Este AgR no RE contém uma sistematização dos principais argumentos para a consolidação da fase de Absolutização da Saúde por parte do STF, a qual se baseia em três aspectos: a) o Direito à Saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida; b) a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente; e c) distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes.

No primeiro argumento – o Direito à Saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida –, o relator min. Celso de Mello ratifica a eficácia plena do art. 196 da Constituição da República defendendo que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado e seria garantido mediante a implementação de políticas sociais e econômicas:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria **Constituição da República (art. 196)**. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, **a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas** (...) não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000, grifo nosso).

No segundo argumento – A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente –, o relator ministro Celso de Mello expõe que, apesar do caráter de programaticidade do art. 196 da Constituição Federal, não pode o Estado deixar de atender demandas relacionadas a esta matéria – direito à saúde – submetendo-se ao risco de perder legitimidade junto à população e gerando descrença generalizada na força constitucional:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – **não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente**, sob pena de o

Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000, grifo nosso).

Por fim, no terceiro argumento apresentado – distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes –, o ministro destaca a obrigatoriedade do Estado em fornecer medicamentos, mesmo os de alta complexidade e conseqüentemente de alto custo, para cidadãos hipossuficientes que comprovem seu estado de penúria financeira e delicado quadro clínico de saúde. Conforme trecho a seguir:

O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, **dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196)** e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000, grifo nosso).

Apresentamos, portanto, os argumentos contidos nos principais casos que caracterizaram a segunda fase de decisões do STF – Absolutização da Saúde –, em que o Poder Judiciário inicia sua atuação como protagonista na efetivação do direito à saúde no vácuo deixado pelos outros dois poderes, Executivo e Legislativo. Tal protagonismo se caracteriza, em um primeiro momento, absolutizando o direito à saúde – um direito que não via obstáculos à sua frente – sendo qualificado como portador de eficácia plena e universal, não necessitando de regulamentação legislativa. Como relata Wang (2008): “está dito de forma terminante que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de ordem financeira, estas sempre deverão ser preteridas em relação àquela” (WANG, 2008, p. 546).

Sublinha-se que essas ações que chegavam à Suprema Corte tratavam apenas da microjustiça – demandas individuais e não coletivas (WANG, 2008) –, não existindo qualquer tipo de preocupação por parte dos ministros sobre suas conseqüências para a política pública e, principalmente, sobre o custo da concretização desses direitos à saúde, o que denominaremos sempre neste trabalho de reserva do possível (ou reserva do financeiramente possível). Recorrendo novamente a Wang (2008):

(...) não faziam referência à questão dos custos envolvidos na efetivação dos direitos à saúde e nem à escassez de recursos. Em diversas decisões, ficou expresso que estes eram problemas de menor importância e que não seriam aceitáveis quando se lidasse com casos envolvendo o direito fundamental à saúde. A discussão a respeito dos custos dos direitos e da limitação de recursos aparecia em poucas decisões e, quando aparecia, era tratada de forma não muito detalhada e sem lhes dar grande importância (WANG, 2008, pp. 545-546).

Salientamos ainda que esta 2ª fase de decisão do STF estaria comprometida com o denominado Princípio do Resgate, sistematizado por Dworkin (2010)⁵⁶ e que preconizava que todo tratamento de saúde – de qualquer tipo de complexidade e custo financeiro – deveria ser fornecido a todo cidadão, pois, segundo esse princípio, a saúde e a preservação da vida humana seriam os bens de maior valor para uma comunidade. Por tal motivo, deveria se aplicar o máximo de recursos financeiros para salvar toda e qualquer vida, por menores que fossem as chances de sobrevivência e por maiores que fossem os custos dispendidos.

Veremos que na 3ª fase de decisão do STF toda essa interpretação jurisprudencial de absolutização da saúde será confrontada com a teoria dos custos dos direitos.

1.2.3.3 3ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – O Custo dos Direitos: Reserva do Possível x Mínimo Existencial

Nesta terceira fase de decisão do STF relataremos como a Suprema Corte deu uma guinada nas decisões relativas ao direito à saúde no sentido de sopesar a importância do custo dos direitos, principalmente dos direitos considerados de segunda geração, ou seja, direitos que exigem prioritariamente uma contrapartida financeira do Estado para sua efetiva implementação, como é o caso do direito fundamental à saúde.

Utilizamos neste tópico a expressão “custo dos direitos” lastreada na já clássica obra de Holmes e Sustain (2019), que a sintetiza da seguinte forma:

O “custo dos direitos” é uma expressão rica e ambígua, pois as palavras são dotadas de significados múltiplos e inevitavelmente controversos. Para que esta análise se mantenha tão centrada e – nesta dimensão – tão

⁵⁶ Segundo Dworkin (2010), o Princípio do Resgate parte da ideia concebida pelo filósofo René Descartes que relatava que a saúde e a vida humana seriam os bens supremos da sociedade e ainda que, inseridos em uma sociedade na qual a partilha de bens seria injusta e desproporcional, seria inconcebível exigir que os mais pobres pagassem por melhorias de suas condições de saúde. Como relata: “(...) se deve distribuir assistência médica com equidade que mesmo em uma sociedade na qual as riquezas sejam muito desiguais e se deboche da igualdade, não se deve negar a ninguém a assistência médica de que precisa” (DWORKIN, 2010, p. 434).

pouco controversa quanto possível, entenderemos “custo” aqui como *custo orçamentário*, e “direitos” como *interesses importantes que possam ser protegidos de modo confiável por indivíduos ou grupos mediante o uso dos instrumentos disponibilizados pelo Estado* (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 5, destaques no original).

Há, a partir do ano de 2004, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, um marco institucional sobre o limite jurídico-orçamentário para a concessão das demandas de saúde que chegam ao STF, principalmente em relação a medicamentos de alto custo e tratamentos de alta complexidade.

Sendo assim, preferimos analisar dois casos clássicos da Suprema Corte – considerados *leading cases* pela literatura especializada (WANG, 2008; COSTA; MOTA; ARAÚJO, 2017; RIBEIRO; VIDAL, 2018) – sobre a teoria do custo dos direitos em relação a esta terceira fase de decisão do STF no que concerne ao direito à saúde: a já citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45 – MC/DF⁵⁷, de 2004, e a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL, de 2007. São apenas dois casos, mas de repercussão ímpar (PEDRON; NETO, 2018; RIBEIRO; VIDAL, 2018) na esfera do Supremo em relação a julgamentos sobre judicialização da saúde que envolvam especificamente a dicotômica questão entre a reserva (do financiamento) possível e o mínimo existencial, conforme quadro abaixo:

Quadro 3 - Principais Julgados da 3ª Fase de Decisões do STF – Custo dos Direitos

Principais Julgados da 3ª Fase de Decisões do STF– Custo dos Direitos	Ano	Assunto	Ministro relator
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45/DF	2004	Veto às despesas constitucionais obrigatórias referentes ao percentual mínimo de repasse ao financiamento da saúde de acordo com a EC 29/2000.	Celso de Mello

⁵⁷ Esta ADPF nº 45 é invocada expressamente em várias decisões do próprio STF em relação à interferência do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas constitucionalmente previstas sob o fundamento de garantir a proteção, dentre outros princípios, do mínimo existencial. A isso se deve sua classificação como um *leading case*. Podemos citar, após pesquisa no sítio eletrônico do Supremo, as seguintes decisões que fazem referência a ela: AG REG RE 410.715/SP; AG REG STA 223/PE; AG REG SL 47/PE; AG REG RE AGR 639.337/SP; AG REG RE 642.536/AM; AG REG RE 763.667/CE; AG REG RE 581.352/AM; EMB DECL AI 598.212/PR; AG REG RE AGR 727.864/PR e AG REG RE AGR 745.745/MG. Acesso em 29 out. 2019.

Suspensão de Tutela Antecipada – STA 91/AL	2007	Fornecimento de medicamentos de alta complexidade (alto custo) necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.	Ellen Gracie
--	------	--	--------------

Fonte: elaboração própria com base em pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do STF.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45⁵⁸ constituiu-se em um *leading case* no STF não só por ser a primeira decisão sobre a teoria dos custos dos direitos, mas também por discutir a questão da inserção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, dos direitos sociais e expressamente da reserva do possível e do mínimo existencial. Em razão disso, faremos referência a ela em vários momentos deste trabalho.

Na espécie, a ADPF apresenta-se como uma decisão monocrática, que trata do arquivamento da Medida Cautelar (MC) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) por perda superveniente de objeto, e tem como relator o ministro Celso de Mello. A ação fora proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e questionava o veto do então Presidente da República ao § 2º do art. 55 da Proposta de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO)⁵⁹ de 2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2004.

O veto em análise teria a intenção de descumprir a Emenda Constitucional (EC) nº 29⁶⁰, de 2000, que garantia recursos mínimos para a política pública de saúde via SUS, ou seja, findaria com as despesas constitucionais obrigatórias por meio de percentuais mínimos

⁵⁸ ADPF 45 MC, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 29/4/2004, publicado em DJ 4/5/2004. Informativo n. 345-STF. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)). Acesso em 13 out. 2019.

⁵⁹ O dispositivo vetado apresentava o seguinte conteúdo material: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.”

⁶⁰ A necessária sustentação financeira do SUS levou o legislador constituinte derivado a editar a Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/00, que prevê a aplicação de um percentual mínimo da receita tributária auferida pelos entes da federação nas ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em 13 out. 2019.

de investimento na saúde por parte dos entes da federação – União, estados, Distrito Federal e municípios. Tal situação implicaria na desvinculação de gastos obrigatórios em repasses financeiros para os respectivos fundos de saúde –nacional, estadual, distrital e, principalmente, aos milhares de fundos municipais – abrindo brecha para o possível fim de um sistema federativo solidário e universal de saúde no Brasil.

Entretanto, *a posteriori*, foi editada a Lei nº 10.777 – Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)⁶¹, de 2003, restaurando, em linhas gerais, a regra vetada, motivo pelo qual restou prejudicado o julgamento da ADPF, o que foi reconhecido em decisão monocrática, mas, mesmo assim, expôs-se o mérito da análise pelo ministro Celso de Mello, como veremos a seguir.

Importante iniciarmos a análise ora em curso pela Ementa da ADPF 45, visto que esta esclarece os termos relacionados aos custos dos direitos apresentando como base o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (STF-ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

O ministro relator da ADPF 45 inicia seu voto defendendo a atuação do STF na efetivação das políticas públicas por meio da eficácia da aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito fundamental à saúde, quando houver descumprimento por parte do poder público violando a Constituição não somente de forma proposital, por meio de ação positiva do Estado mas, principalmente, por inércia governamental. Celso de

⁶¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.777.htm. Acesso em 06 nov. 2019.

Mello defende, em sua decisão, que os direitos de segunda geração são direitos fundamentais, devendo ter aplicação imediata:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, **mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental** (STF-ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Mais adiante, o relator pondera que para o Estado implementar os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde, necessitaria de “um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias”, não sendo possível ao ente público financiar e implementar políticas sociais sem a devida rubrica orçamentária. Ressalva, todavia, que para o Estado abrir mão de cumprir com os designios constitucionais deverá comprovar sua argumentação baseada na reserva do possível, caso contrário, se demonstrará uma grande fraude, impossibilitando, de modo ilegítimo e arbitrário, o mínimo existencial à saúde para os cidadãos contribuintes responsáveis pela sustentação do Estado:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.**

Cumpre advertir, desse modo, que **a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais**, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (STF-ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Um fato importante é que a ADPF 45 foi a primeira decisão na seara do Supremo em que um ministro da corte elaborou explicitamente um critério para se averiguar o cabimento do princípio da reserva do possível. O critério sugerido lastreava-se na junção entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado. Caso ambos elementos formadores do critério sugerido pelo ministro fossem afirmativos, comprobatórios e cumulativos (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do

Estado) estaria configurada obrigação estatal em efetivar o direito demandado, caso contrário, descaracterizaria a possibilidade do ente público de realização prática de tais direitos, no caso específico em análise, do direito fundamental à saúde. Como se atesta:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "**reserva do possível**", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em **um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.**

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (**razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado**) **devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência**, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos (STF-ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Por fim, o ministro conclui seu voto justificando a atuação do Poder Judiciário em caso de inércia ou descumprimento das normas constitucionais – principalmente em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais – por integrantes do Legislativo e pelo chefe do Poder Executivo, conformando sua argumentação no sentido de que não há competência de atuação absoluta nem interpretação monolítica sobre a teoria da separação dos poderes, podendo o Poder Judiciário agir para se evitar que a população mais necessitada seja privada de um mínimo existencial fundamental à sua existência:

(...) parece-nos cada vez mais necessária a **revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social**, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (STF-ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

A ADPF 45 foi selecionada para esta análise por ter sido a primeira decisão, mesmo que monocrática e com perda superveniente do objeto, que constatou explícita e diretamente a disputa entre a reserva do possível e o mínimo existencial inclinando-se argumentativamente mais para aquela do que para este, transformando-se, assim, em uma referência sobre os custos dos direitos sociais, especificamente sobre as consequências jurídicas da efetivação do direito à saúde.

Outro *leading case* que trata da teoria dos custos dos direitos é a Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL⁶², de 2007, caso em que a então ministra e presidente do STF, Ellen Gracie, deferiu, parcialmente, solicitação do estado de Alagoas para suspender decisão concedida em ação civil pública que determinou ao Executivo alagoano o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados.

Assim como a ADPF 45, a STA 91, de 2007, é considerada um *case* na área da judicialização da saúde e, diferentemente da primeira, foi analisada no mérito – não havia perda de objeto. Além disso, as consequências da STA 91 se refletiriam sobre a tutela coletiva de saúde, já que se tratava de analisar uma ação civil pública e não demandas individuais.

A decisão exarada pela Ministra Ellen Gracie na STA 91 determinou a não obrigatoriedade do estado de Alagoas em disponibilizar os medicamentos pleiteados na ação, fato inédito em uma decisão voltada para uma unidade federativa do país. A argumentação utilizada baseou-se na teoria dos custos do direito, ancorada na reserva do financeiramente possível, já que se lastreava na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos para o atendimento de um maior número de pessoas e não somente daquelas portadoras da enfermidade em questão.

Além desses argumentos, a Ministra afirmou que “a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde”, pois poderá onerar o orçamento da seguridade social, que sustenta o fundo público de saúde, além de não contribuir com a racionalização dos gastos no que tange à relação custo-benefício da implementação da política pública por ente subnacional.

A decisão da ministra na STA 91/AL também cita, pela primeira vez no âmbito da judicialização da saúde, a necessidade imperiosa de se respeitar as determinações das normas regulamentadoras contidas na Lei Orgânica da Saúde (LOS) – Lei nº 8.080⁶³, de 19 de setembro de 1990, e na Portaria nº 1.318⁶⁴, de 23 de julho de 2002, publicada pelo Ministério da Saúde, para justificar que a política de fornecimento e distribuição de

⁶² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2466232>. Acesso em 13 out. 2019.

⁶³ Dispõe sobre as 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 13 out. 2019.

⁶⁴ Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/03/pt-gm-ms-1318-2002.pdf>. Acesso em 13 out. 2019.

medicamentos excepcionais de alto custo será disponibilizada pelos órgãos públicos e ditada por normas sanitárias regulamentadoras.

A decisão da STA 91/AL foi um marco para o advento e consolidação da teoria dos custos do direito à saúde, apresentando como defesa a tese da reserva do possível, resumido pela seguinte citação do voto da ministra: “a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”. (STF – STA: 91 AL, Relator: Min. PRESIDENTE, j.26/02/2007; DJ:05/03/2007).

A STA 91/AL foi tão importante que as secretarias de saúde das unidades federativas passaram a demandar a Justiça, propiciando a consolidação da denominada judicialização da matéria, com base na decisão da ministra Ellen Gracie. A intenção subjacente ao pleito dos referidos entes públicos, nesse caso, tinha como escopo interromper o fornecimento de medicamentos de alto custo que não constariam na lista do SUS, mas que vinham sendo fornecidos por ordem de decisões judiciais, onerando os cofres públicos.

Dessa forma, tanto a ADPF 45, de 2004, como principalmente a STA 91/AL, de 2007, são consideradas decisões paradigmáticas em relação à fase da teoria dos custos dos direitos fundamentais sociais, em nosso caso específico, do direito à saúde. Ambas trazem em suas argumentações, além da noção de que o mínimo existencial deveria ser respeitado, a importância de se destacar a reserva do possível dos entes públicos para que não comprometessem o orçamento estipulado para a área da saúde.

Seguindo a trilha estabelecida por esta fase de decisões intitulada Custos dos Direitos, encampa-se a quarta e atual fase de decisões da Suprema Corte: a fase da Medicina Baseada em Evidências (MBE) para a concessão da demanda judicial.

1.2.3.4 4ª Fase de Decisão do Supremo Tribunal Federal – Medicina Baseada em Evidências (MBE)

A última fase de decisão do STF em relação à judicialização da saúde pode ser classificada como Medicina Baseada em Evidências (MBE), uma vez que nessa etapa de decisão da Suprema Corte se observa a utilização de argumentos científicos e embasados em literatura acadêmica no decorrer do processo judicial e nas decisões sobre estes, no que se refere às demandas que envolvem o direito à saúde.

Tavares (2019) conceitua a MBE a partir de seis características de análise científica a serem consideradas no desenvolver do processo judicial:

(...) a medicina baseada em evidência seria usar, servir-se, conscientemente, da melhor evidência atual para a tomada de decisões sobre o cuidado do paciente, seria traduzido em: a) usar tratamentos mais efetivos e menos danosos; b) substituir tratamentos; c) estabelecer padrões metodológicos; d) avaliar tecnologias em saúde; e) fomentar profissionais a manter a prática; e f) estimular o aumento de qualidade (TAVARES, 2019, p. 181).

O direito à saúde no Brasil deve ser cumprido observando a MBE, conforme art. 19-Q, §2º, da Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde – LOS), que, ao dispor sobre a incorporação de novos medicamentos ou produtos pela CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, deveria necessariamente considerar “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento”.

Para a análise da fase da Medicina Baseada em Evidências (MBE), examinaremos três episódios da seara do direito e da saúde que apresentaram consideráveis reflexos no campo jurídico-político: a) a Audiência Pública nº 4, convocada pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, e realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009 para tratar da judicialização do direito à saúde; b) a emblemática decisão proferida um ano depois pelo plenário do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175 – AgR/CE), relatado pelo ministro Gilmar Mendes e publicado no Diário da Justiça em 30 de abril de 2010, que contém uma sistematização sobre as decisões das fases anteriores da Suprema Corte e, principalmente, critérios e parâmetros de julgamento a serem analisados e seguidos tanto pelos operadores do Direito quanto pela contribuição técnico-executiva dos gestores da política pública na análise da judicialização da saúde pelo país; e c) as atividades do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, suas principais decisões e impactos no direito brasileiro em relação à saúde. Conforme quadro-resumo a seguir:

Quadro 4 - Principais Acontecimentos Jurídicos da 4ª Fase de Decisões do STF – MBE

Principais Acontecimentos Jurídicos da 4ª Fase	Ano	Assunto	Ministro relator
---	------------	----------------	-------------------------

de Decisões do STF – MBE			
Audiência Pública nº 4 (STF)	2009	Judicialização da Saúde	Gilmar Mendes
Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada – AgR STA 175/CE	2010	Obrigatoriedade do fornecimento de medicamento de alta complexidade (alto custo), Miglustat Zavesca, pelos entes da Federação solidariamente envolvidos – União, estado do Ceará e município de Fortaleza, para paciente portadora de doença rara denominada Niemann-Pick Tipo C, que comprovadamente não poderia arcar financeiramente com a obtenção do fármaco.	Gilmar Mendes
Fórum da Saúde – Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou a Resolução n. 107	2010	Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum foi instituído, por meio da Resolução nº 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência	Operadores do Direito e Gestores da Saúde do CNJ

		à saúde, chamado Sistema Resolução 107.	
--	--	---	--

Fonte: elaboração própria com base em pesquisa de jurisprudência nos sítios eletrônicos do STF e do CNJ.

Sendo assim, iniciaremos a análise da última fase de decisão do STF abordando primeiramente a Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde⁶⁵, proposta pelo STF, tomando em conta os seguintes aspectos: concepção, procedimento e reflexos sobre a assim denominada Judicialização da Saúde.

As audiências públicas são um instrumento que permite ao Poder Judiciário, especificamente ao STF, uma aproximação com os anseios da sociedade civil atuante, observando a necessária garantia do acesso à jurisdição em respeito aos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito: a democracia deliberativa e a legitimidade participativa, respeitando a densidade e amplitude do debate e as considerações do *amicus curiae*⁶⁶, na tentativa de resolução de polêmica questão a ser decidida pela alta corte brasileira (OLIVEIRA; SILVA; AMORIM, 2018).

Vestena (2010), por seu turno, critica o modo como se tem utilizado o expediente das audiências públicas em nosso país, questionando se a implementação desse instrumento teria por fim consolidar uma efetiva participação da sociedade ou seria apenas questão de mero formalismo. A autora embasa sua crítica em três vertentes: a) a utilização, pelo regimento interno do STF, de expressões que apresentam um considerável grau de abstração, como “pessoas com autoridade e experiência no tema”, com o objetivo de

⁶⁵ No sítio eletrônico do STF há o embasamento legal para a convocação de Audiência Pública: “As audiências públicas no Poder Judiciário foram previstas, inicialmente, pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos arts. 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para ‘convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante’ debatidas no Tribunal. O procedimento a ser observado consta do art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciapublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em 14 out. 2019.

⁶⁶ Segundo Bueno (2011), o *amicus curiae* seria “um especial terceiro interessado que, por iniciativa própria (intervenção espontânea) ou por determinação judicial (intervenção provocada), intervém em processo pendente com vistas a enriquecer o debate judicial sobre as mais diversas questões jurídicas, portando, para o ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que, de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, legitimando e pluralizando, com a sua iniciativa, as decisões tomadas pelo Poder Judiciário” (BUENO, 2011, p. 115).

restringir membros da sociedade civil e de movimentos sociais aos debates; b) ausência de critérios objetivos quanto à escolha dos participantes; e c) audiência pública como uma espécie de arena adversarial, inibindo um debate propositivo com explanação que busque soluções coletivas.

No que diz respeito à especificidade do direito à saúde, a concepção de uma audiência pública para se discutir a temática da saúde no STF vai ao encontro de uma concepção democrática empenhada em ouvir especialistas da área, das mais variadas formações e matizes ideológicos, representativos de múltiplos segmentos sociais. Tal cenário coaduna-se com o compromisso com a defesa de pontos de vista díspares, o que Haberle (2002) denominou “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, pois, segundo esse mesmo autor, todos os cidadãos que vivem no contexto de uma norma podem ser considerados seus intérpretes.

O despacho convocatório da Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde⁶⁷, datado de 05 de março de 2009, trata do tipo de contribuição a ser dada pelos partícipes, de acordo com sua formação: “(...) pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde (...)”.

Como já destacado, a Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde foi realizada entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com os seguintes temas a serem discutidos e destacados por dia: a) 27 de abril – “O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário”; b) 28 de abril – “Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamento do SUS”; c) 29 de abril – “Gestão do SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema”; d) 4 de maio – “Registro na Anvisa e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”; e) 6 de maio – “Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema”; f) 7 de maio – “Assistência Farmacêutica do SUS”.

Até hoje a Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde continua sendo a maior já realizada pelo Supremo em quantidade de sessões/dias de exposição e também a maior em quantidade de temas referentes ao assunto proposto: judicialização da saúde, envolvendo desde a judicialização em si até a competência dos entes federativos, passando pelo dicotômico debate entre gestão e financiamento, com destaque para a reserva do

⁶⁷ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 14 out. 2019.

possível e o mínimo existencial e a novidade trazida pelo conceito de Medicina Baseada em Evidências (MBE).

Para o debate de um tema polissêmico e enriquecedor como a judicialização da saúde, que traz em seu bojo os rumos do SUS, foram habilitados cinquenta especialistas que classificamos da seguinte maneira:

1) Representantes das Competências dos Entes – federais, estaduais e municipais:

1.1) Representantes federais: Procurador-Geral da República (PGR), Advogado-Geral da União (AGU), Defensor Público Geral da União (DPU), Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS) e Diretor-presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

1.1.1) Representantes do Ministério da Saúde: Secretário de Atenção da Saúde; Gerente de Projeto da Coordenação-Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica; Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas; Consultor Jurídico; Coordenador da Comissão de Incorporação de Tecnologia; Consultora da Coordenação-Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada; Secretaria de Ciência e Tecnologia; e Ministro de Estado da Saúde.

1.2) Representantes estaduais: Secretário de Estado da Saúde do Amazonas; Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro; Presidente do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS); Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal; Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal; Defensor Público do Estado de São Paulo; Representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo; Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União; e Representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios;

1.3) Representantes municipais: Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das capitais brasileiras; Presidente da Confederação Nacional dos Municípios (CNM); e Presidente do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS).

2) Grupos de Representantes da Saúde: Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz); Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; fundador do Grupo Hipiupiara Integração e Vida; Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; Presidente

da Associação Brasileira de Assistência a Mucoviscidose; Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; Representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Representante da Organização Não-Governamental (ONG) Conectas de Direitos Humanos; e a fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS;

2.1) Área Médica: ex-Ministro da Saúde e diretor-geral do Hospital do Coração (HCor) e representante do Conselho Federal de Medicina (CFM);

3) Academia: professor titular da Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS e juiz de direito; representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – HCPA; representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário (CEDPEDISA); professor associado da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP); médico no Hospital Sírio Libanês e ex-secretário de Saúde do Estado de São Paulo; professor titular emérito da USP e da Universidade de Campinas – Unicamp; e ex-reitor da Unicamp e também ex-secretário de Saúde do Estado de São Paulo;

4) Sistema de Justiça: representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); representante da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB); e juiz da 5ª Vara Federal em Recife/PE;

5) Complexo Médico-Industrial: presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica;

6) Ministros do STF: Ministro Gilmar Mendes e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Dessa forma, os especialistas habilitados para a Audiência Pública foram assim classificados: 17 (dezessete) representantes da área jurídica, incluindo ministros, juízes, advogados da União, advogados, promotores, procuradores, professores universitários e representantes do Ministério Público Federal (MPF); 11 (onze) representantes da sociedade civil, incluindo usuários do sistema e membros de instituições de pesquisa; 8 (oito) representantes do Ministério da Saúde e da área médica; e 6 (seis) gestores públicos.

No que diz respeito ao teor dos debates em torno da judicialização da saúde na audiência pública convocada pelo STF, destacaram-se as argumentações político-jurídicas que caracterizam a fase de julgamento marcada pela concepção da Medicina Baseada em Evidências (MBE). Portanto, argumentações focadas na discussão entre ações judiciais que demandavam medicamentos e tratamentos sem registro e, conseqüentemente, fora da

regulamentação do SUS e a necessidade de utilização de provas jurídicas como documentos médicos – laudos, atestados e receituários – fundamentados nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's)⁶⁸ para tentar adquiri-los, lastreados em estudos clínicos randomizados divulgados em conceituadas publicações científicas nacionais e internacionais.

Esse entendimento foi sistematizado pelo debate realizado na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde, no sentido de que, por exemplo, não havendo medicamento regulado pela política pública de saúde, ou seja, sem aprovação pela ANVISA, e fora da lista de medicamentos do SUS, deve-se tomar como critério de análise a comprovação científica da necessidade do uso do fármaco pelo paciente. Para tanto, há de se considerar a existência de comprovação médica alicerçada em PCDT's e MBE, além de restar demonstrado que não há alternativa na rede pública e que o tratamento experimental – caso ocorra – não forneça os resultados esperados.

Gomes e colaboradores (2014), ao analisarem cinquenta e uma (51) palestras realizadas durante a audiência pública em questão, concluíram que os principais resultados alcançados foram fruto da utilização de evidência científica na tomada de decisão do Executivo e do Judiciário, quais sejam: a) registro na Anvisa; b) evidências de eficácia e segurança de tecnologia; e c) eficiência econômica baseada na relação custo-efetividade e impacto orçamentário.

Além disso, Gomes e colaboradores (2014) destacam o avanço que caracteriza a quarta fase de julgamento da Suprema Corte em relação à importância da análise científica na fundamentação das demandas judiciais, ao contrário do que vinha ocorrendo nas fases anteriores:

A crítica mais recorrente refere-se ao fato de o juiz conceder qualquer tipo de tecnologia em saúde que, supostamente, traria benefícios clínicos ao estado de saúde da parte requerente sem levar em consideração a evidência científica disponível ou o registro da Anvisa. Esse fato fica evidente quando se concedem tecnologias em fase experimental, sem que

⁶⁸ Sítio eletrônico do Ministério da Saúde relata a conceituação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's) como “documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS. **Devem ser baseados em evidência científica e considerar critérios de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade das tecnologias recomendadas.**”(grifo nosso). Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/protocolos-e-diretrizes>. Acesso em 14 out. 2019.

tenham passado por todas as fases de pesquisa clínica para comprovar sua segurança e eficácia (GOMES *et al.*, 2014, p. 145).

Os autores em tela, que utilizaram o método descritivo-analítico com o objetivo de identificar o conteúdo dos discursos proferidos na referida audiência pública, destacaram que os principais pontos levantados pelos palestrantes para contornar a judicialização da saúde foram: a) aprimoramento da atuação das instâncias regulatórias no Brasil: ANVISA (registro) e Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde – CITEC⁶⁹ (incorporação ao SUS); e b) necessidade do Judiciário levar em consideração os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde, os quais devem ser atualizados periodicamente e com maior participação de instituições afins (GOMES *et al.*, 2014, p. 149).

Os mesmos autores também destacaram como um aspecto positivo resultante dessa audiência pública a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS – CONITEC⁷⁰, pela Lei Federal nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Além disso, sublinharam que a discussão sobre evidências científicas se insere no rumo do debate internacional:

A estratégia de incluir a evidência científica no processo de tomada de decisão tem sido adotada nos principais sistemas de saúde ao redor do mundo. Nessa direção, cresce mundialmente a produção de estudos de avaliação de tecnologias em saúde, visto que têm se mostrado a forma mais eficiente de se ter uma análise ampla e completa dos impactos das tecnologias, seja pelo lado do benefício em saúde seja pela dimensão dos custos incrementais ao sistema (GOMES *et al.*, 2014, p. 154).

Já a análise de Santos e Marques (2014) destaca-se pela identificação e estudo dos principais argumentos jurídicos utilizados nos discursos proferidos durante a Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde. As autoras utilizaram a metodologia da Análise do Discurso do Sujeito Coletivo para o exame de 64 (sessenta e quatro) discursos, o que levou

⁶⁹ Atualmente, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec. Disponível em: <http://conitec.gov.br/>. Acesso em 06 nov. 2019. A Conitec foi regulamentada por meio da Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011, que “Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em 06 nov. 2019.

⁷⁰ No sítio eletrônico da própria Conitec: “A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec foi criada pela [lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011](#), que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. A Conitec, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde – DGITS, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde – MS nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT”. Disponível em: <http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>. Acesso em 14 out. 2019.

à caracterização de 13 (treze) ideias centrais, bem como à identificação de abordagens jurídicas em 89% (oitenta e nove por cento) delas.

A audiência pública sobre a judicialização da saúde ocorrida em 2009, no STF, abordou principalmente os seguintes temas, por ordem de relevância: natureza do direito à saúde em 20,7% (vinte vírgula sete por cento) dos discursos; abordagens sobre o próprio fenômeno social da judicialização em 14,6% (quatorze vírgula seis por cento); e discussões acerca da decretação de repercussão e a proposta de súmula vinculante em 10,4% (dez vírgula quatro por cento) das intervenções (SANTOS e MARQUES, 2014).

Dessa maneira, Santos e Marques (2014) criaram, com base nos discursos proferidos na audiência pública abordada, uma tabela na qual elencam as principais ideias expostas na Suprema Corte naquela oportunidade:

Tabela 3 - Ideias centrais dos discursos proferidos na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde

Ideia central	%
A – O direito à saúde deve ser garantido mediante políticas públicas.	12,8
B – O direito à saúde é garantia constitucional que independe de política pública.	7,9
C – Abordagens sobre o fenômeno da judicialização.	14,6
D – Abordagens sobre o financiamento da política de saúde.	7,9
E – Conflitos existentes entre o direito individual e o direito coletivo.	6,7
F – Abordagens referentes à decretação de repercussão geral, relevância da audiência pública e proposta de súmula vinculante.	10,4
G – Há fraudes nos processos judiciais referentes à saúde, bem como na Administração Pública.	5,5
H – Há solidariedade entre os entes federativos para a garantia do direito à saúde.	1,8
I – A responsabilidade deve ser atribuída a cada ente federativo, conforme as competências definidas na lei.	4,3
J – Há falhas na política pública de saúde.	6,7
K – Abordagens conceituais sobre a política de saúde.	7,3
L – O direito à saúde deve ser garantido mediante políticas públicas, todavia, admitidas excepcionalidades.	1,8
M – Somente os hipossuficientes podem litigar em juízo por direito à saúde.	1,2
N – Discursos sem temas de abordagem jurídica.	11,0

Fonte: Santos e Marques (2014), com base no sítio eletrônico do STF sobre a Audiência Pública da Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>.

Em outro estudo acerca da audiência pública sobre a judicialização da saúde, Santos, Delduque e Mendonça (2015) constataram o avanço que esta trouxe aos julgamentos do STF no sentido da adoção da comprovação apoiada na Medicina Baseada em Evidências (MBE). Tal direcionamento, segundo as autoras, permitiu o estabelecimento de requisitos para se pleitear, por exemplo, medicamentos de alto custo que não estejam regulados pela política pública de saúde, bem como a identificação das fases de solicitação destes, tais como registro nos órgãos reguladores, tratamentos alternativos ou experimentais na rede pública, comprovação e até contestação dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT’s:

(...) quando se tratar de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não há permissão legal para que a administração pública os adquira. A primeira das razões é a proibição legal à dispensação em território nacional. Realçou a competência de regulação econômica da Anvisa e que as exceções para dispensação de medicamentos sem registro em território nacional também estão previstas na lei e o subsistema jurídico deve ater-se a elas.

(...) quando se tratar de medicamentos sem evidência científica, os seguintes itens devem ser considerados: primeiro, se a política pública oferece tratamento para aquela patologia – se sim, a oferta pública deve ser privilegiada; nos casos em que a oferta pública não se prestar ao usuário – que haja provas nos autos da ineficácia do tratamento. Quando os pleitos se referirem a: ‘tratamentos experimentais’, estes devem ser custeados pelos interessados em sua avaliação, não havendo condenação ao sistema público de saúde. E, por fim, nos casos em que o tratamento pretendido não tenha sido incorporado pelo SUS e que não seja experimental, é necessário que o pedido esteja legitimamente acompanhado das provas da eficácia do pretendido, podendo até haver contestação dos PCDT (SANTOS; DELDUQUE; MENDONÇA, 2015, pp. 188-189).

Um dado importante assinalado pelas autoras diz respeito ao fato de que somente 20% (vinte por cento) dos argumentos e ideias centrais discutidos na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde foram utilizados em julgamentos posteriores da Suprema Corte e das regulamentações promovidas pelo CNJ: “Os 63 discursos analisados originaram 705 argumentos, **dos quais apenas 20% foram considerados ‘fortes’ e 564 (80%) foram ‘não fortes’**, isto é, não causaram impacto nas decisões posteriores do STF e do CNJ” (SANTOS; DELDUQUE; MENDONÇA, 2015, p. 186, grifo nosso).

Além disso, assim como nas fases anteriores de julgamento pelo STF, as exposições proferidas na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde também pautaram o debate em torno dos princípios do mínimo existencial e da reserva do

financeiramente possível. Ou seja, trataram, entre outras coisas, da defesa de um mínimo existencial de saúde para o cidadão que busque a justiça versus o estado de calamidade financeira pelo qual passa o Estado brasileiro, que não teria condições de atender à maioria das demandas existentes, correndo o risco de asfixiamento do orçamento da saúde pública.

Ao pesquisarmos a página eletrônica do STF criada especificamente para detalhar todos os procedimentos da Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde⁷¹, constatamos a influência do debate entre o mínimo existencial e a reserva do possível em dois links de acesso: “Fala dos especialistas”⁷² e “Contribuições da sociedade civil para a Audiência Pública (Material Enviado)”⁷³.

A análise da página eletrônica intitulada “Fala dos especialistas”, em que está sistematizado todo o cronograma da audiência, com seus respectivos palestrantes e temas, permite-nos constatar o seguinte: a) o mínimo existencial foi citado 5 (cinco) vezes por 2 (dois) palestrantes, o defensor público da União e o juiz da 5ª Vara Federal de Recife/PE; b) a reserva do possível foi citada 12 (doze) vezes por 8 (oito) representantes: além do defensor público da União e do juiz da 5ª Vara Federal de Recife/PE, também o advogado-geral da União, o defensor público-geral da União, um acadêmico da PUC/RS e juiz federal, o ministro presidente do STF, um representante do Hospital das Clínicas de Porto Alegre e professor da UFRGS, assim como uma professora e pesquisadora da UnB.

Do exame das 54 (cinquenta e quatro) contribuições enviadas pela sociedade civil especializada sobre a temática proposta, todas sistematizadas na página eletrônica do STF e que serviram de parâmetro e consulta para o debate em voga, constatamos o seguinte resultado sobre a referência ao mínimo existencial e à reserva do possível: 9 (nove) textos citaram tanto o mínimo existencial quanto a reserva do possível, 4 (quatro) citaram apenas a reserva do possível e 1 (um) citou unicamente o mínimo existencial, em um total de 14 (quatorze) contribuições.

Desde o início do debate em torno da judicialização da saúde no Brasil, tanto a reserva do possível quanto o mínimo existencial apresentaram-se como conceitos presentes e protagonistas dos principais eventos sobre a temática, seja por meio das audiências

⁷¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em 14 out. 2019.

⁷² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em 14 out. 2019.

⁷³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>. Acesso em 14 out. 2019.

públicas e decisões judiciais ou de obras doutrinárias de autores consagrados do direito sanitário.

A seguir, analisaremos o segundo episódio da quarta fase de julgamento do STF em relação ao direito à saúde: o agravo regimental impetrado pela União na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – AgR na STA 175/CE⁷⁴.

A paradigmática⁷⁵ decisão apresentada pelo AgR na STA 175 configura-se como o primeiro grande julgado após os questionamentos suscitados na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e, por este motivo, é citada na maioria das decisões correlatas proferidas por outros tribunais superiores – STJ e tribunais estaduais e regionais –, servindo como uma espécie de bússola orientadora dos destinos dos julgados em torno da judicialização da saúde até os dias de hoje.

As conclusões do voto de seu relator, ministro Gilmar Mendes, fixaram parâmetros judiciais que são seguidos em ações do mesmo gênero, pois, embora não sejam classificados como vinculantes, não impedem que a jurisprudência construída possa ser seguida pelas demais instâncias de julgamento.

O AgR na STA 175⁷⁶, de 2010, tratava de discutir a obrigatoriedade do fornecimento de medicamento de alto custo, Miglustat Zavesca, pelos entes federativos solidariamente envolvidos – União, estado do Ceará e município de Fortaleza – para paciente portadora de doença rara denominada Niemann-Pick Tipo C. A paciente comprovadamente não poderia arcar financeiramente com a obtenção do fármaco, que, segundo valores da época, custava em torno de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês.

⁷⁴ A Suspensão de Tutela Antecipada (STA) está prevista na Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, que “dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências”; e em seu art. 4º relata que: “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, **suspender**, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, **e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas**” (grifo nosso).

⁷⁵ O termo não surge aqui de forma gratuita, a decisão é considerada paradigmática pois, conforme os ensinamentos de Kuhn (1991, p.13): “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Mesmo longe de ser uma realização científica universalmente reconhecida, a STA 175-AgR/CE (2010) fornece problemas e soluções modelares para a comunidade do direito sanitário.

⁷⁶ EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

O medicamento solicitado pela autora não era, até então, regulado pelo SUS, ou seja, não era registrado na Anvisa e muito menos embasado por Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT’s. Apesar desse fato, o medicamento era comprovadamente imprescindível à paciente, conforme atestavam documentos e relato médico anexados ao processo, que afiançavam que o fármaco era o único capaz de propiciar melhoria para o quadro clínico da demandante.

Analisaremos o voto mais longo e importante do AgR na STA 175, o do relator ministro Gilmar Mendes, que se tornou referência na área da judicialização da saúde, pois sistematizou os julgados anteriores referentes à temática – alguns citados neste capítulo nas fases anteriores de julgamento do Supremo – e, principalmente, traçou criteriosos parâmetros que serviram e servem de baliza para decisões em torno do direito à saúde.

Inicialmente, o ministro informa que julgará com base na Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde por ele convocada, que citamos no primeiro episódio desta fase de julgamento: “(...) levando em conta, para tanto, **as experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde**, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009” (grifo nosso).

A primeira questão colocada por Gilmar Mendes é a dicotomia-chave entre a reserva do possível e o mínimo existencial. O ministro discorre sobre a escolha trágica (CALABRESI; BOBBIT, 1978) de como efetivar os direitos fundamentais sociais perante a escassez de recursos financeiros por parte dos entes públicos, citando autores como Holmes e Sustain (2019): “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.

A solução que o ministro encontra frente ao confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial baseia-se em escolhas alocativas seguindo critérios da justiça distributiva:

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas públicas e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010).

A seguir, o ministro relator examina seis elementos constitutivos do art. 196 da Constituição Federal, referentes ao direito à saúde, quais sejam: a) direito de todos; b) dever

do estado; c) garantido mediante políticas sociais e econômicas; d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; f) ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nessa análise sobre as características do art. 196 destaca-se a referência a julgados de fases anteriores que marcaram o desenvolvimento da consolidação do direito à saúde: Gilmar Mendes cita o AgR-RE nº 271.286-8/RS e a ADPF-MC nº 45 – ambos relatados pelo ministro Celso de Mello, quando defende que a saúde é direito público subjetivo pertencente à população brasileira.

Também cita a influente STA 91/AL, relatada pela ministra Ellen Grace, que advoga pela implementação da política pública de saúde com o escopo de servir toda a população que necessita do serviço, equilibrando o princípio da universalidade com a integralidade.

Referindo-se mais uma vez à importância da convocação e realização da Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde no STF, o ministro relator Gilmar Mendes compreende que não existe interferência do Judiciário na política pública de saúde, mas apenas uma determinação para seu cumprimento que já se encontra regulado por normas jurídicas:

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, **pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes** (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010, grifo nosso).

Dessa forma, para o ministro Gilmar Mendes, o primeiro parâmetro resultante dos debates ocorridos na Audiência Pública seria considerar a existência ou não de política pública de saúde que abordasse a demanda pleiteada pela parte. Caso a prestação de saúde não estivesse contemplada ou regulada pelo SUS, deveríamos indagar o porquê dessa ausência com base em três critérios: a) ocorreu uma omissão de tipo legislativa ou de tipo administrativa?; b) houve uma decisão de cunho administrativo de não fornecer a prestação?; e c) existe uma vedação legal para que não ocorra a dispensação?

Essas indagações são importantes balizas decisórias para fundamentar julgados das cortes superiores que tratam de demandas da área de saúde, pois refletem a discussão entre

operadores do Sistema de Justiça e gestores do Sistema de Saúde sobre a relação de competência interfederativa e interpoderes da República.

Outro parâmetro especificamente ligado à Medicina Baseada em Evidências é a exigência de justificativa científica para o fornecimento ou não de determinada prestação de saúde pelo SUS. Por isso, esse é o exemplo que o ministro utiliza *ad nauseam* em seu voto, quando se trata de pedido de medicamento que seja registrado pela ANVISA, fundamentado em PCDT's⁷⁷, e, ainda, cientificamente recomendado pela CONITEC/Ministério da Saúde (MS). Portanto, deve-se apresentar uma fundamentação científica como lastro para o pedido da demanda em saúde, conforme os debates realizados na Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde em 2009.

Nessa mesma linha, segundo o voto do ministro Gilmar Mendes, ainda seria possível a ocorrência de outras duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Em ambas as situações, um medicamento de alto custo, por exemplo, que não esteja contemplado pela política farmacêutica, mas que se apresenta como comprovadamente indicado para a cura ou a possibilidade de uma sobrevida do paciente, pode ter seu uso aceito para que haja esperança da consecução do mínimo existencial do direito à vida, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. Em casos em que não há alternativa na regulamentação da política pública de saúde, o uso de um medicamento pode ser autorizado para se tentar salvar a vida do autor.

Outra questão suscitada como um parâmetro de decisão no voto do relator diz respeito à competência solidária dos entes federativos – União, estados, DF e municípios – em relação ao cumprimento das demandas da política pública de saúde: “após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública–Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, **a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária**” (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010, grifo nosso).

Para sustentar essa tese, o ministro cita o histórico de jurisprudência do STF – RE 195.192-3/RS, RE-AgR 255.627-1, RE 566.471, Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº 4 –, além de normas federais que fixam a competência comum – art. 23, II, CF/88 e Lei nº

⁷⁷ O voto do Ministro relator, com base nos debates da Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde, relata que até mesmo os Protocolos Clínicos poderão ser alvo de contestação já que a ciência sempre estará em processo de evolução, não significando que o protocolo produzido por uma equipe médica possa ser utilizado por tempo indeterminado, já que pode sofrer processo de desgaste e desatualização.

8.080/1990 –, alertando para a viabilidade prática da solidariedade pelos entes: “(...) quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, **deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos**” (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010, grifo nosso).

Por fim, o ministro relator defende que não se deve argumentar pela grave lesão à economia e à saúde pública para negar a prestação regular de saúde, especificamente se for pela aquisição de um medicamento de alta complexidade, portanto, de alto custo, pois “(...) o alto custo de um tratamento ou de um medicamento **que tem registro na ANVISA** não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público” (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010, grifo nosso).

Podemos resumir, assim, o voto do ministro e então Presidente do STF, Gilmar Mendes, como relator da STA 175-AgR/CE (2010), em cinco parâmetros basilares para determinação de decisões judiciais a respeito da judicialização da saúde: 1) existência da repartição de competências dos entes federativos com o escopo da dispensação de medicamentos, relacionando-os com a descentralização da política de assistência farmacêutica; 2) caso haja política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, o Judiciário então deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente; 3) caso a não prestação decorra de uma omissão legislativa ou administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal à sua dispensação, deve-se observar o seguinte: no primeiro caso – omissão legislativa – o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, já no segundo caso – omissão administrativa –, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros tipos à disposição; 4) caso os medicamentos e tratamentos existentes para o paciente sejam experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los; 5) no caso de tratamentos e medicamentos incipientes, que em função de serem ainda muito recentes não foram ainda incluídos nos protocolos do SUS, mas já são fornecidos pela rede particular de saúde, os tratamentos podem ser determinados pela autoridade judicial, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (OLIVEIRA, 2019).

Um dos principais reflexos da STA 175 – AgR/CE ocorreu na recente decisão publicada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2018 no Recurso Especial – REsp nº 1.657.156/RJ – Tema 106 – “Obrigação do Poder Público de fornecer

medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”. Nessa ocasião, foram fixados critérios para a Justiça decidir sobre a aquisição de medicamentos não regulamentados pelo SUS.

Os critérios elencados pelo STJ no Tema 106 para a aquisição de medicamentos ou tratamentos de alta complexidade foram os seguintes: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da eficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da moléstia; b) incapacidade financeira do paciente arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na ANVISA.

A decisão da Seção do STJ, baseada no voto do Relator do AgR na STA 175, Gilmar Mendes, ainda determina que, após o trânsito em julgado de cada processo, seja informada ao Ministério da Saúde e à CONITEC a viabilidade de incorporação do medicamento pleiteado no âmbito do SUS.

Dessa forma, finalizamos a sistematização argumentativa elencada pelo voto do ministro relator Gilmar Mendes no AgR na STA 175, julgado em março de 2010, um ano depois da realização da Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde convocada pelo próprio ministro. Observamos que a base argumentativa de ambos os episódios – a realização da Audiência Pública e o julgamento da STA 175 – lastreou-se na Medicina Baseada em Evidências.

Por fim, para concluirmos nossa exposição sobre a quarta fase de julgamentos da Suprema Corte, analisaremos o terceiro e último episódio que colaborou para a consolidação da MBE: as atividades do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, ou simplesmente Fórum da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Resolução⁷⁸ n° 107, de 06 de abril de 2010⁷⁹, também no rastro da Audiência Pública sobre Judicialização da Saúde, e da STA 175-AgR/CE.

⁷⁸ Há uma diferença entre Resoluções e Recomendações expedidas pelo CNJ: enquanto as primeiras têm o poder de determinar obrigações ao Poder Judiciário, as segundas são apenas orientações, sem o condão da obrigatoriedade.

⁷⁹ Do sítio eletrônico do Fórum da Saúde do CNJ: “A partir dos resultados da Audiência Pública n° 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho. Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n° 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n° 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico

O CNJ, órgão do poder Judiciário, originou-se a partir da intitulada Reforma do Judiciário mediante a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004⁸⁰, e está constitucionalmente elencado no art. 103-B⁸¹ da Constituição Federal, com

de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo”. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoefs/forum-da-saude>. Acesso em 29 out. 2019.

⁸⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em 14 out. 2019.

⁸¹ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal;

II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e, nas suas ausências e impedimentos, pelo Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Os demais membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

nova redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 61, de 11 de novembro de 2009, que modificou a composição do Conselho⁸².

Sobre a especificidade do Fórum da Saúde do CNJ, foi publicada a Recomendação nº 31⁸³, de 30 de março de 2010, do próprio conselho, que, de acordo com sua ementa: “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

Dessa forma, seguindo a orientação da Recomendação nº 31, de 2010, foi instituído o Fórum da Saúde do CNJ por meio da Resolução nº 107⁸⁴, de 06 de abril de 2010, que atribuiu à entidade o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde, conforme elencado em seus arts. 1º e 2º:

Art. 1º Fica instituído, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o **Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde**, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional:

I - **o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde**, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares;

II - **o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde;**

III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas;

IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário;

V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional (grifo nosso).

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

⁸² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc61.htm. Acesso em 14 out. 2019.

⁸³ Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf. Acesso em 14 out. 2019.

⁸⁴ Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf. Acesso em 14 out. 2019.

Destaca-se também a Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011⁸⁵, que “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar”.

Dentre as medidas elencadas pela Recomendação nº 36 estão as que orientam os juízes – em casos de judicialização da saúde – a consultarem órgãos do Sistema de Saúde: ANVISA, Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Conselho Federal de Medicina (CFM) e Conselho Federal de Odontologia (CFO), além de recomendar às Escolas de Magistratura estudos e seminários sobre o direito à saúde. Tais iniciativas foram recomendadas para melhor embasar a decisão dos magistrados na temática em comento.

Há ainda a Recomendação do CNJ nº 43⁸⁶, de 20 de agosto de 2013, que tenta conjugar à discussão da judicialização de saúde as demandas entre a saúde pública e a saúde privada – suplementar, conforme a seguinte redação da ementa: “Recomenda aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de Varas **para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar**” (grifo nosso).

Outra normativa importante exarada pelo Conselho Nacional de Justiça é à Resolução nº 238⁸⁷, de 6 de setembro de 2016, que institui, no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, os Comitês Estaduais de Saúde em todo o território nacional. Tais comitês devem ser compostos por membros do Sistema de Justiça e do Sistema Único de Saúde, com o escopo de assessoramento e apoio aos magistrados por meio da criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário – NAT-JUS⁸⁸, que, por sua vez, elaborarão pareceres e relatórios com base na Medicina MBE, conforme art. 1º, §1º da Resolução:

Art. 1º Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais criarão no âmbito de sua jurisdição **Comitê Estadual de Saúde**, com

⁸⁵ Disponível em:

http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_2210201217002_6.pdf. Acesso em 14 out. 2019.

⁸⁶ Disponível em:

http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_43_21082013_2108201319023_9.pdf. Acesso 14 out. 2019.

⁸⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>. Acesso em 06/02/2019.

⁸⁸ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoefs/forum-da-saude/e-natjus>. Acesso em 14 out. 2019.

representação mínima de Magistrados de Primeiro ou Segundo Grau, Estadual e Federal, gestores da área da saúde (federal, estadual e municipal), e demais participantes do Sistema de Saúde (ANVISA, ANS, CONITEC, quando possível) e de Justiça (Ministério Público Federal e Estadual, Defensoria Pública, Advogados Públicos e um Advogado representante da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do respectivo Estado), bem como integrante do conselho estadual de saúde que represente os usuários do sistema público de saúde, e um representante dos usuários do sistema suplementar de saúde que deverá ser indicado pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor por intermédio dos Procons de cada estado.

§ 1º O Comitê Estadual da Saúde terá entre as suas atribuições auxiliar os tribunais na criação de **Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS)**, constituídos de profissionais da Saúde, para **elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências**, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro (grifo nosso).

Por último, após breve sistematização das principais resoluções e recomendações do CNJ, o Fórum da Saúde, em consonância com a quarta fase de julgamento do STF, realizou a Audiência Pública “Prestação da Jurisdição em Processos Relativos à Saúde”⁸⁹, em 11 de dezembro de 2017, ocasião em que foram discutidos os impactos da MBE nos debates sobre a judicialização e o direito à saúde, seguindo orientações já amplamente difundidas pela Audiência Pública de 2009 do STF e pelo julgamento do AgR na STA 175.

De acordo com o edital de convocação da audiência pública⁹⁰ em questão, os dois assuntos e seus respectivos subtemas a serem discutidos pelos especialistas habilitados eram os seguintes: 1) Acesso a Serviços de Saúde: a) acesso assistencial no SUS e na Saúde Suplementar – a importância de acesso justo e equitativo e a multiplicação de demandas judiciais sobre a matéria; b) princípio federativo e responsabilidade dos entes públicos; 2) Acesso a Tecnologias em Saúde: a) incorporação de tecnologias no SUS e nos órgãos e sistemas de Saúde Suplementar e a medicina baseada em evidências – impacto sobre a prestação jurisdicional; b) incorporação de tecnologias em caso de doenças raras e medicamentos órfãos – o agir do Poder Judiciário; c) desabastecimento de medicamentos essenciais e o papel do juiz.

O CNJ, portanto, transformou-se em importante instituição para a avaliação e discussão de critérios científicos em relação aos julgamentos sobre a judicialização da

⁸⁹ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/486-audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdiacao-em-processos-relativos-a-saude>. Acesso em 14 out. 2019.

⁹⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/148da877b692c63a695a9825590e66d6.pdf>. Acesso em 14 out. 2019.

saúde com a criação do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, Comitês Estaduais da Saúde, incentivo à capacitação de juízes sobre o tema pelas Escolas de Magistratura, publicação de Recomendações e Resoluções e criação de varas especializadas sobre o direito sanitário, todas amparadas por pareceres e relatórios redigidos conforme a MBE pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NAT/JUS, culminando em sua própria audiência pública para debater os principais temas sobre o direito à saúde.

A Tabela 4 a seguir demonstra-nos os principais avanços normativos promovidos pelo Fórum da Saúde constituído pelo CNJ.

Tabela 4 - Principais Avanços Normativos Promovidos pelo Fórum da Saúde – CNJ

Principais Avanços Normativos Promovidos pelo Fórum da Saúde – CNJ	Finalidade
Portaria nº 650, 20/11/2009 – GT	Elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.
Recomendação nº 31, 30/03/2010	Traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.
Resolução nº 107, 06/04/2010	Instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde.
Recomendação nº 36, 12/07/2011	Recomendou aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito nas demandas envolvendo a assistência à saúde suplementar.
Recomendação nº 43, 20/08/2013	Recomenda a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.
Resolução nº 238, 06/09/2016	Dispõe efetivamente sobre a criação e manutenção pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais de Saúde, bem como a criação de NAT-JUS, e estabelece regras para a especialização de vara para tratar de ações relativas à Saúde, em comarcas com mais de uma vara da Fazenda Pública.
Audiência Pública 11/12/2017	Judicialização da Saúde – 30 palestrantes dos mais diversos perfis e opiniões debatendo o direito à saúde no Brasil.

Fonte: elaboração própria com base no sítio eletrônico do CNJ.

Conforme afirmam Ribeiro e Vidal (2018): “não se trata apenas de uma política de envolvimento entre instituições jurídicas, mas, também, da materialização da efetividade da comunicação interinstitucional com capacidade de resolutividade dos conflitos que envolvem a saúde pública” (RIBEIRO; VIDAL, 2018, p.252).

Portanto, inovamos ao abordar as fases de decisão do Supremo Tribunal Federal em relação ao fenômeno da “Judicialização da Saúde”, desde o momento de “não-ativismo” até a consolidação de requisitos científicos para o sucesso da demanda em prol da consolidação do direito à saúde, passando pelo debate dos custos dos direitos. Aliando à parte inicial deste capítulo sobre o conceito constitucionalizado de direito à saúde, tentaremos, a seguir, elaborar um conceito judicializado do mesmo, respeitando as decisões jurisprudenciais aqui comentadas.

1.3 O CONCEITO JUDICIALIZADO DE DIREITO À SAÚDE

Tendo em vista toda a sistematização construída em relação ao desenvolvimento da judicialização da saúde no Brasil pelas fases de decisão do STF, baseadas em critérios e parâmetros que foram evoluindo com o passar das discussões travadas entre membros do Sistema de Justiça (SJ) e do Sistema Único de Saúde (SUS), podemos avançar em nossa análise buscando elaborar um conceito jurisprudencial ou judicializado de direito à saúde com base no que foi descrito até o momento.

Primeiramente, ressalta-se que compreendemos como jurisprudencial ou judicializado “o conjunto de decisões emanadas de um determinado órgão jurisdicional, que, orientadas em um determinado sentido, auxiliam ou indicam uma tomada de decisão” (SOUZA, 2014, p.41). Entendemos ainda, conforme França (1970), que são cinco as funções específicas da jurisprudência: “a) interpretar a lei; b) vivificar a lei; c) humanizar a lei; d) suplementar a lei; e e) rejuvenescer a lei” (FRANÇA, 1970, p.217).

Portanto, de acordo com os autores supracitados, referir-se a um conceito jurisprudencial ou judicializado diz respeito à atualização balizadora de regramentos e critérios objetivos para se obter o melhor julgamento a respeito da temática, em nosso caso, a respeito da judicialização do direito à saúde, sem deixar de ser coerente com a regulamentação normativa referente ao assunto relatado.

Dessa maneira, em nosso entender, o conceito jurisprudencial de direito à saúde, respeitando a sistematização trazida por este capítulo, corresponde à junção entre uma decisão paradigmática do STF que recupera as decisões anteriores do próprio tribunal e

traça relevantes critérios para a efetivação do direito – AgR na STA 175, de 2010 – e a atualização trazida no recente ano de 2018 pelo STJ no REsp nº 1.657.156/RJ – Tema 106, que também se baseou nas fases de decisões do STF, principalmente na quarta fase de decisão – MBE.

Sendo assim, temos os seguintes elementos caracterizadores do conceito judicializado de direito à saúde no Brasil: 1) avaliação da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito como requisito essencial para o acesso à justiça sanitária; 2) questionamento se há política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, em caso afirmativo o Judiciário então deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente; 3) caso a não prestação decorra de uma omissão legislativa ou administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação, deve-se observar o seguinte: no primeiro caso – omissão legislativa –, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, já no segundo caso – omissão administrativa –, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros tipos à disposição; 4) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da eficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 5) as ferramentas de convencimento para instrução probatória devem ser, em sua totalidade, compreendidas por material científico baseado em estudos clínicos, de preferência publicados em conceituados periódicos e que sirvam de amparo aos magistrados, como os produzidos e avaliados pelos NAT/JUS, PCDT's, CONITEC, além, obviamente, da ANVISA.

O Quadro 5 abaixo sintetiza os elementos de formação do conceito judicializado ou jurisprudencial do direito à saúde.

Quadro 5 - Elementos de Formação do Conceito Jurisprudencial do Direito à Saúde

<p>Elementos que comprovem a capacidade de postular a demanda requerida comprovando imprescindibilidade do medicamento/tratamento:</p>	<ul style="list-style-type: none"> - hipossuficiência financeira; - negativa de tratamento ou concessão pelo SUS; - inexistência de tratamento alternativo ou experimental pelo SUS; - documentos médicos – laudos, atestados e receituários comprovando, com base em estudos clínicos e científicos, a imprescindibilidade do medicamento/tratamento; - análise comprobatória de documentos e pareceres inerentes à demanda, tais como registro na ANVISA, pareceres médicos do NAT-JUS, critérios balizadores e parametrizados dos PCDT's e da CONITEC; - tentativa frustrada de resolução pela via administrativa ou extrajudicial.
--	--

Fonte: elaboração própria com base na jurisprudência do STF, principalmente em sua fase atual da MBE.

Tais elementos caracterizadores são construídos e formados para se pensar um conceito judicializado do direito à saúde no Brasil e derivam, basicamente, da utilização científica dos mecanismos inerentes à MBE, amplamente discutidos no Sistema de Justiça e no Sistema de Saúde de nosso país, através de espaços de diálogo e de fluxo de resolução, como comitês, câmaras e grupos formados por operadores do direito e gestores da saúde.

1.4 A INTERAÇÃO COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE CONSTITUCIONALIZADO E O CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE JUDICIALIZADO: uma tensa e necessária relação

Constatamos, nesta primeira análise sobre a temática, que o conceito do direito à saúde em seu sentido constitucional – constitucionalizado – foi resultado de um movimento de participação democrática de ratificação e efetivação normativa do direito à saúde para toda a população brasileira, o Movimento da Reforma Sanitária, que, junto à Constituinte, inseriu os objetivos, princípios e diretrizes, tais como a universalidade e a integralidade, em um sistema universal de saúde – o Sistema Único de Saúde (SUS). Com isso, pretendeu atender a coletividade com fundos públicos assegurados por um pacto civilizatório garantido pela Ordem Social no bojo da consolidação da Seguridade Social em nossa Constituição Federal.

Em contrapartida, presenciamos, durante esses mais de trinta anos, a formação da política pública de saúde envolta em avanços, recuos e contradições, saindo de sua zona de

conforto do texto constitucional para os embates da lide dos tribunais, especialmente no STF, corte máxima que influencia os órgãos da administração direta e indireta, assim como todo o Poder Judiciário e o Sistema de Justiça. Disso resultaram as quatro fases de decisão acima demonstradas, que funcionam como uma espécie de baliza conceitual para um direito à saúde judicializado.

Se por um lado temos um conceito formulado com participação democrática abarcando valores como universalidade, integralidade e equidade, que revelam o intuito de atingir o maior número de pessoas possível – macrojustiça – via cumprimento dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS constitucional, por outro, temos um conceito formulado com base em critérios restritivos e tecnicistas, atendendo apenas ao indivíduo hipossuficiente demandante de um direito público subjetivo – microjustiça – lastreado em documentos de teor médico-científico balizados por instituições que têm usufruído de uma importância supraconstitucional em relação à concretização do direito à saúde.

Nesse sentido, assinala Lima (2014), ao revisitar o direito à saúde entre os ideais da Constituição Federal de 1988 e o drama jurídico atual:

O fator que mais interessa aqui é que esse direito subjetivo, no âmbito da justiça como virtude, utiliza instrumentos de **justiça particular comutativa (ou retributiva)**, na qual a distribuição é igual apenas entre indivíduos envolvidos nas trocas de bens ou mercadorias, e a qual dirige os chamados “jogos de soma zero”, ou seja, aqueles em que o resultado pertence integralmente a um vencedor, e a decisão tem, primordialmente, **um caráter binário (lícito-ilícito; concessão do medicamento-não concessão)** e tendem a decretar ordens cujo cumprimento é na forma tudo ou nada, que avaliam, em suma, apenas duas alternativas. Dessa forma, os direitos subjetivos afirmam-se independentemente dos deveres particulares, o que geraria uma desvinculação entre benefícios e ônus – e, assim, um caráter de potencial irresponsabilidade. A consequência é perversa: o sujeito de um direito subjetivo fundamental pode exercê-lo *contra mundum*, sem que seu direito esteja condicionado ao alcance social de seu exercício; nesse compasso, **a solução judicial dos conflitos vai-se deslocando da sua essência coletiva para uma forma de justiça privada** (LIMA, 2014, p. 194, grifo nosso).

O risco que poderia surgir da fusão dos dois conceitos aqui estruturados explicita-se em um possível afastamento do conceito judicializado do direito à saúde em relação ao conceito constitucionalizado, este apresentando como base fulcral o art. 196 da Constituição Federal. Isso porque os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, são compreendidos e interpretados como direitos de distribuição, direitos pertencentes a uma coletividade. Sendo assim, quando comparados com os direitos subjetivos, mostram-se

distintos em sua natureza e, dessa forma, utilizam-se de remédios jurídicos igualmente diversos, os quais solicitam ações de mediação e negociação.

Portanto, os direitos sociais – como o direito constitucionalizado à saúde – foram concebidos como interesses a serem fruídos ou executados não somente de forma individual, mas prioritariamente em um sentido coletivo, e, via de regra, realizam-se pela provisão e partilha de bens comuns ou de bens escassos – daí a importância do tema dos custos dos direitos entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Além disso, têm sua eficácia dependente da atuação concreta do Executivo e do Legislativo, por apresentarem a característica formadora de generalidade e publicidade, que no caso da saúde, ganha contornos de universalidade e integralidade, não podendo somente aguardar por uma possibilidade de agir em juízo (LIMA, 2014; LOPES, 2006).

Com a demonstração sistematizada da trajetória do conceito do direito à saúde, tanto em sua perspectiva constitucional quanto em sua perspectiva judicial, esperamos que o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde possam afinar suas concordâncias em relação à temática, uma vez que suas implicações incidem diretamente sobre a população brasileira, aproximando os dois conceitos com o escopo de fortalecimento e consolidação do SUS. Objetiva-se com isso que: a) a microjustiça individual seja inserida em um contexto de macrojustiça coletiva, em que os direitos individuais sejam julgados inerentes à consecução de demandas coletivas; b) os critérios de justiça comutativa sejam aproximados aos critérios da justiça distributiva; c) sejam respeitados os conceitos de universalidade, integralidade e equidade – elementos caracterizadores do direito à saúde via SUS Constitucional; d) os conceitos estipulados pelo Movimento da Reforma Sanitária brasileira sirvam de parâmetro para os julgamentos dos ministros-relatores do STF em sua basilar fase da MBE, visando a uma estabilidade semântica.

No mesmo sentido, conforme dispõe Lima (2014) em trabalho já mencionado sobre a relação entre o conceito do direito à saúde constitucionalizado e o judicializado:

Assim, seja pela linguagem que utiliza, compreendido em toda a sua disposição, seja pelo contexto dos direitos sociais que o origina, seja pela luta política dos sanitaristas que pensaram na definição constitucional do direito à saúde, o artigo 196, diferentemente da decisão judicial analisada, apresenta um *sentido coletivo* para o direito em questão, isto é, no preceito normativo há previsão de uma determinada concepção moral desse direito. Dessa maneira, mesmo que o acesso universal e igualitário não tenha sido discutido profundamente pelo Tribunal, nem por isso pode ser refletido no sentido de tudo para todos, **e, sim, em uma noção de coletivização da política de garantia à saúde**, a qual não parece ser

apropriável individualmente como um direito de primeira geração – vale dizer, contra todos –, mas sim *com* todos.

O interessante dessa análise sobre as complexidades filosóficas que envolvem o direito à saúde é a compreensão de que é possível haver um projeto político de sociedade que, **muito embora tenha como seu núcleo norteador o indivíduo, consegue perceber os direitos prestacionais de maneira coletivista**, ou seja, considera o grupo social e as instituições basilares como elementos primordiais na tomada de decisão, para garantir a chave coletiva de compreensão dos direitos. **Logo, caso se restaurasse a definição original (histórica) do direito à saúde, para a definição contemporânea de seu sentido, parece que haveria uma tendência muito forte do dispositivo constitucional de identificar-se com essas posições morais mais coletivistas, o que exigiria uma reflexão em torno não apenas das consequências práticas das decisões judiciais sobre demandas individualizadas, como também um esforço hermenêutico da Corte em tentar definir que valores atualmente contextualizam o direito à saúde, de forma que a isonomia entre os destinatários da norma não seja maculada** (LIMA, 2014, p. 198, grifo nosso).

Portanto, é com base nessa explicitação de correlação, às vezes contraditória, às vezes complementar, que se dará o debate em torno do direito à saúde neste trabalho: uma discussão em torno da doutrina jurídica com estudiosos e pesquisadores do Direito Constitucional Sanitário juntamente com a mais balizada jurisprudência da mais alta corte brasileira, o STF.

Nesse sentido, debateremos nos próximos capítulos conceitos doutrinários e jurisprudenciais que influenciam a interpretação do direito à saúde. Nos capítulos seguintes, segundo e terceiro, abordaremos as concepções da reserva do financeiramente possível e o do mínimo existencial, assim como seus impactos na conjuntura do direito à saúde. Finalmente, no último capítulo, sistematizaremos propostas jurídico-políticas e jurídico-econômicas para que sejam utilizadas como instrumento constitucional de consolidação e efetivação do direito à saúde no Brasil, afirmando a importância da concretização dos objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde.

2 RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: do subfinanciamento crônico ao desfinanciamento da política pública de saúde

Neste segundo capítulo, abordaremos um dos elementos que contribuíram para a fase da Medicina Baseada em Evidências (MBE) instaurada e vigente no Supremo Tribunal Federal (STF) consonante aos julgados sobre o direito constitucional à saúde em nosso país: a reserva do possível ou reserva do financeiramente possível⁹¹.

Como observamos anteriormente, apesar de ser protagonista na terceira fase de julgamentos do STF, denominada de Teoria dos Custos do Direito, não há dúvida quanto à importância do instituto da reserva do possível para limitar de maneira criteriosa o acesso – e os excessos, diriam alguns – ao direito à saúde, sendo partícipe também, de forma profícua e marcante, no debate que norteia a quarta fase sobre os lastros científicos de decisão (MBE).

A teoria da reserva do possível apresentou-se como ponto decisivo no debate da quarta e última fase de julgamentos do STF, principalmente por parte de representantes dos entes públicos que a invocavam em face de uma alegada grave crise fiscal e consequente escassez de recursos financeiros. Sendo assim, a teoria em questão terminou por figurar como argumento-chave sustentado por parte do agente estatal nos três principais acontecimentos da fase atual do STF: a audiência pública sobre a judicialização da saúde, o julgamento paradigmático da STA/AgR 175 e o debate que vem sendo desenvolvido no Fórum da Saúde do CNJ. Dessa forma, consubstanciou-se como um elemento de vital importância na discussão em torno da efetivação constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil e na respectiva formulação do conceito de direito à saúde.

Especificamente neste segundo capítulo, analisaremos a reserva do possível de forma um pouco mais percuciente, abordando o desenvolvimento desse conceito desde sua origem na jurisprudência e doutrina alemãs até seu advento nos debates e abordagens em nosso direito pátrio. Tal investigação será levada a cabo, ainda, mediante o exame de doutrinas adicionado à visão da jurisprudência da Suprema Corte.

⁹¹ Ambas as expressões são utilizadas com o mesmo sentido e definição pelo STF. De acordo com Silva (2016), a diferença contida apenas no termo – reserva do possível ou reserva do financeiramente possível – diz respeito especificamente à filiação institucional do ministro julgador. Dessa maneira, o termo “reserva do possível”, apesar de sua origem alemã, é citado no Supremo apresentando como referência o debate norte americano protagonizado pela obra de Holmes e Susteim (2019) sobre o custo dos direitos, enquanto o termo “reserva do financeiramente possível” (Vorbehalt des finanziellen Möglichen) é utilizado tendo como referência a jurisprudência da corte suprema alemã no julgamento sobre a questão *numerus clausus* referente às vagas nas universidades (BVerfGE 33, 303 (333)).

Para cumprirmos com o objetivo dessa abordagem, analisaremos duas faces da reserva do possível. Primeiramente, tomando-a em seus aspectos gerais, ocasião em que o termo será discutido em sentido amplo. Para tanto, examinaremos sua natureza jurídica, seu conteúdo doutrinário no debate político-jurídico germânico, seu conseqüente prelúdio no Brasil, tanto quanto seus impactos na nossa doutrina e jurisprudência, para, a seguir, explorar o conseqüentemente debate orçamentário por ela suscitado.

Em um segundo momento, analisaremos a reserva do possível em seu caráter específico, relacionando-a com o direito constitucional à saúde. Abordaremos então seus impactos no direito sanitário brasileiro e, em uma inovação que traremos ao segundo capítulo, sua relação com o financiamento da política pública de saúde⁹². Já que a reserva do possível ou reserva do financeiramente possível é sempre alegada nas fontes do Direito brasileiro – seja doutrina ou jurisprudência– como uma limitação orçamentária à efetivação de um direito social, de preferência de um direito que exige explicitamente uma prestação positiva por parte do Estado, como o direito à saúde, compreendemos que urge analisá-la comparando-a ao financiamento da política pública de saúde, ponto que inexistente em obra acadêmica pesquisada na seara do direito sanitário brasileiro.

Para esse desiderato, utilizaremos o instrumental da pesquisa empírica, a qual se caracteriza como o tipo de investigação dedicada ao tratamento da “face empírica e fatural da realidade; (que) produz e analisa dados, procedendo sempre pela via do controle empírico e fatural” (DEMO, 2000, p. 21). Assim, a pesquisa empírica é aquela voltada sobretudo para a face experimental e observável dos fenômenos, é aquela que manipula dados, ratificando fatos concretos. Nesse sentido, torna-se o instrumento de análise que dá corpo à investigação posta em andamento neste capítulo, na qual nos dedicamos a analisar a reserva do financeiramente possível e o orçamento da saúde pública brasileira.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DA RESERVA DO POSSÍVEL: especulando sobre seu valor normativo

De acordo com Diniz (2019), compreende-se como natureza jurídica a definição epistemológica de um determinado conceito – abrangendo sua essência, composição e

⁹² Inovação pois não há conhecimento, por parte deste autor, de obras jurídicas que discutem o tema da reserva do financeiramente possível comparando sua aplicação em relação à política orçamentária e financeira da política pública visada pela discussão. Geralmente são obras que discutem o aspecto formal da reserva do possível sem atentar para seu aspecto material, ou seja, sua relação com a comprovação da ausência da rubrica orçamentária destinada à respectiva política pública em análise.

classificação – objetivando apreender os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, logo adiante, ao conjunto mais próximo de componentes jurídicos, de modo a classificar o instituto focado no universo de figuras existentes no campo do Direito. Segundo a autora, portanto, o conceito de natureza jurídica consiste na “afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação” (DINIZ, 2019, p.66).

Dessa maneira, entendemos que a natureza jurídica é um conceito que tem como escopo explicar o princípio ou a essência de um instituto jurídico, ou seja, de um elemento, estrutura ou fato atuante no campo da ciência do Direito. Especificamente em relação à reserva do possível, tomando por base a definição conceitual contida tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras e seu correspondente impacto na consequência prática de aplicação jurídico-político-econômica, qual seria a classificação em relação à sua natureza jurídica? Qual seria seu valor normativo?

Não é tarefa fácil tentar inculcar uma natureza jurídica no instituto da reserva do possível com o intuito de se estipular uma classificação epistemológica inicial, pois ainda não há uma definição a respeito. É o que compreende Araújo (2011), ao tratar sobre a reserva do possível, relatando que “não existe acordo em relação à sua natureza e seu significado. Seria um princípio, com natureza normativa ou uma condição da realidade, um elemento extrajurídico?” (ARAÚJO, 2011, p. 21).

Nem mesmo nos julgados do STF há alguma consistência quanto à natureza da reserva do possível, pois há várias divergências no sentido de que seria um princípio, uma cláusula aberta, um elemento extrajurídico de limitação à efetivação dos direitos fundamentais sociais, entre outros entendimentos e compreensões, como relataremos a seguir.

Se há uma profusão de interpretações sobre a natureza jurídica da reserva do possível, há ponto pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileiras quando se referem aos efeitos jurídicos do instituto ora abarcado, como relata Vaz (2016):

Inobstante a imprecisão acerca de tal enquadramento jurídico, todas essas concepções convergem quanto aos efeitos, o de que a reserva do possível segue como argumento levantado sempre que se objetiva promover limitação à concretização dos direitos fundamentais sociais (VAZ, 2016, p. 259, grifo nosso).

Destarte, tentaremos sistematizar qual é a melhor classificação da reserva do possível em relação à sua natureza jurídica, visando não apenas uma conceituação do ponto de vista teórico-analítico, mas o impacto que acarretaria na interpretação das decisões judiciais que tratam sobre a temática.

Assim, abordaremos as seguintes classificações da natureza jurídica da reserva do possível: a) como cláusula aberta; b) como integradora dos direitos fundamentais prestacionais; c) como elemento extrajurídico de restrição e/ou limitação à efetivação dos direitos fundamentais sociais; e d) como princípio.

2.1.1 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Cláusula Aberta

O instituto da reserva do possível pode ser classificado como cláusula aberta ou cláusula geral pois não foi positivamente definido em seu sentido normativo-legal. Dessa forma, segundo Engisch (2005), a cláusula geral ou aberta se configura como uma formulação de hipótese legal que aborda a generalidade de um evento no campo jurídico, ou seja, nos dizeres desse autor, abrange e se submete a um “tratamento jurídico a todo um domínio de casos” (ENGISCH, 2005, p.193).

Júnior (2004) acorda no sentido de que a conceituação de cláusula aberta ou geral se concretiza na ausência de instrumento legal a tipificá-la. De acordo com Júnior (2004):

Dizemos que haverá de se identificar a presença das cláusulas gerais **diante da ausência de uma formulação típica para esta categoria normativa**. Se algumas cláusulas gerais revelam-se patentes, outras deverão ser ‘descobertas’ no ordenamento, **pois nem sempre é o arcabouço da proposição normativa que por si só as caracterizam** (JÚNIOR, 2004, p.82, grifo nosso).

Já de acordo com Oliveira e Calil (2008), a natureza jurídica de cláusula aberta não se encaixaria na caracterização da reserva do possível, pois “a cláusula aberta confere ao julgador – administrador ou juiz – um âmbito decisório de preenchimento, sendo um elemento de ponderação constante e obrigatório” (OLIVEIRA; CALIL, 2008, p. 3727), o que não seria o caso da função da reserva do possível perante interpretação relacionada aos direitos fundamentais sociais.

A natureza jurídica de cláusula aberta também é citada no julgamento paradigmático da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, relatada pelo ministro Celso de Mello em 2004, e que é referenciada ainda hoje como lastro

argumentativo quando o assunto é reserva do possível, como vimos no primeiro capítulo desta tese quando discutimos a terceira fase de julgamentos do STF, relacionado ao Custo dos Direitos.

Observa-se que na ADPF 45 há a classificação da reserva do possível como cláusula, mas sem adentrar na profundidade e conceituação sobre quais seriam os impactos dessa classificação, ou sequer sobre o conceito a respeito, como podemos constatar:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...)

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

(...)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, **pela cláusula da “reserva do possível”**, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004).

Mesmo a ADPF 45 sendo, ainda na atualidade, o julgado mais relevante quando o assunto é reserva do possível, como se constatou na terceira fase de decisão do STF descrita no primeiro capítulo, não se criou uma linha argumentativa homogênea sobre sua natureza

jurídica, sendo interpretada na jurisprudência da Suprema Corte sob vários aspectos e classificações.

2.1.2 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Integradora dos Direitos Fundamentais Prestacionais

A reserva do possível pode ser compreendida como eivada de natureza jurídica integradora – no sentido de se imiscuir no núcleo essencial – dos direitos sociais prestacionais, como, por exemplo, no direito fundamental à saúde. Desse modo, caso se pondere que a reserva do possível apresenta como natureza jurídica a própria imersão constitutiva de um direito fundamental, deve-se considerar, portanto, a “apreciação da escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito” (OLSEN, 2008, p. 188).

Segundo Oliveira e Calil (2008, p. 3728), “em decorrência de sua natureza de prestação (...) doutrinadores de escol afirmam que **os direitos fundamentais prestacionais estão ‘sob’ a reserva do possível**, sendo que o instituto **faz parte do conceito de prestação estatal, condicionando-a**” (grifo nosso).

Essa interpretação, portanto, obrigaria ao gestor público ou ao juiz do caso, na análise sobre a efetivação de uma política pública, a considerar – de modo constante – sua específica rubrica orçamentária como liame de garantia para a concretização do direito fundamental social pleiteado pelo cidadão ou população que se sentir, em algum momento, prejudicado(a) com a ausência de direitos. Ou seja, seria a subserviência normativo-institucional dos direitos fundamentais prestacionais aos ditames orçamentários.

Com base nessa classificação em que o instituto da reserva do possível apresentaria natureza jurídica integradora dos direitos fundamentais prestacionais, firma-se um entendimento de que os ditos direitos negativos, liberais ou de defesa gozariam de plena eficácia, exequibilidade e justiciabilidade, ao passo que os direitos de caráter positivo que se efetivam através do Estado (KRELL, 2002), como os direitos fundamentais sociais – por isso, denominamos prestacionais – estariam sempre condicionados à existência de recursos financeiros ou ao montante de recursos disponíveis, notadamente às dotações orçamentárias (HOLMES; SUSTEIN, 2019).

Essa interpretação da natureza da reserva do possível como integradora dos direitos fundamentais prestacionais poderia colocar em risco a efetivação de políticas públicas lastreadas por normas constitucionais, pois estas ficariam a reboque de decisões

orçamentárias em um contexto de austeridade, queda de receitas e ajuste fiscal sem precedentes, inviabilizando a efetivação dos direitos sociais em nosso país.

Além desse risco, é superada a ideia de que somente os direitos prestacionais gerariam um custo financeiro, também os direitos ditos negativos – liberdade, propriedade, voto etc. – apresentam um dispêndio de alto valor monetário para cumprimento de seus objetivos, conforme Amaral (2001), Galdino (2005) e Holmes e Susteain (2019).

Sarlet e Figueiredo (2008) também criticam o entendimento de que a reserva do possível teria como natureza jurídica a integração com os direitos fundamentais prestacionais, pois isso poderia legitimar sua utilização como uma espécie de “camisa de força” para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de caráter social:

Não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito de que se convencionou delimitar limites iminentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade, considerada toda a sua complexidade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de outro direito fundamental (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30).

Dessa forma, compreendemos que este tipo de natureza jurídica suscita controvérsias, pois estaria mais do que limitando a concretização dos direitos fundamentais, mas os integrando com o sentido de paralisá-los por meio da imposição da visão de escassez de recursos financeiros, sem demonstrar alternativas razoáveis e proporcionais à necessidade de implementar políticas públicas e efetivar direitos.

2.1.3 A Natureza Jurídica da Reserva do Possível como Princípio

Para analisarmos a natureza jurídica principiológica da reserva do possível, discutiremos a importância dos princípios jurídicos na interpretação do texto normativo e suas consequências no contexto social. Apresentaremos, de forma sucinta, teses sobre a teoria dos princípios baseadas em Esser (1961), Larenz (2001), Dworkin (2010) e Alexy (2011).

Jossef Esser (1961) destaca as peculiaridades das normas, nas quais estariam embutidos regras e princípios, observando as diferenças entre ambos. Assim, enquanto as regras determinariam as decisões, os princípios estabeleceriam fundamentos que lastreariam determinado mandamento posto em texto jurídico. Para Esser (1961), os princípios enunciariam a essência das normas e trariam em si a resposta correta à determinada demanda, enquanto as regras seriam apenas a aparência das normas jurídicas. Os princípios seriam o motor do direito, dariam o caminho a seguir; o direito seria complementado pelos princípios como um direito em ação.

Já Karl Larenz (2001) define os princípios em um raciocínio dialético: os princípios, que resultariam de outros subprincípios, seriam clarificados quando interpretados à luz dos casos concretos, e estes seriam considerados verdadeiramente como casos concretos do sistema jurídico quando, além da interpretação pelas regras positivadas, também estariam sendo interpretados pelos princípios, que preencheriam qualquer brecha deixada pela regra, complementando-a. Larenz (2001), assim como Esser (1961), defende que os princípios abrem o caminho para a interpretação do caso concreto pelo operador do direito, direcionando-o em sua decisão.

Ronald Dworkin (2010) interpretou os princípios confrontando-os com o positivismo jurídico (*general attack on Positivism*), indicando que, principalmente em casos complexos e difíceis (*hard cases*) como, por exemplo, a efetivação do direito à saúde ou a concessão de medicamentos de alto custo para quem necessitar, fossem utilizadas não apenas as regras mas os princípios e as diretrizes políticas, ratificando que a Constituição deve ser interpretada também como uma Carta Política, um programa de Estado.

Destaca-se que Dworkin (2010) diferencia conceitualmente regras, política e princípios. Regras seriam as normas positivadas, o que refletiria em uma interpretação do direito no caso concreto, uma interpretação na base do “tudo ou nada” (*all-or-nothing*); ou a regra enuncia uma afirmativa ou uma negativa, não destrinchando o caso de forma mais complexa e aprofundada. Já a política seria um objetivo a ser alcançado mediante uma ação positiva nos aspectos econômico, social ou prospectivo com o fulcro de melhoria para a comunidade. E, por fim, os princípios seriam muito mais do que um padrão a ser observado, mas uma imposição de justiça na qual seriam ponderados segundo a especificidade do caso concreto, ou seja, um princípio nunca invalidaria outro, apenas se sobressairia a depender do caso analisado. Sendo assim, os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) demonstrável na hipótese de

colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativamente maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

Para finalizarmos o entendimento sobre a importância dos princípios, Robert Alexy (2011) defende, complementando a tese de Dworkin (2010), que os princípios são mandados de otimização, ou seja, podem ser interpretados e efetivados em diferentes graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão entre os princípios, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual, um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Para Alexy (2011), enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (teorema da colisão).

Portanto, para esses autores defensores da noção dos princípios como instrumentos de interpretação das normas jurídicas, o direito no caso concreto deve ser resolvido não somente apoiado em normas-regra, mas, principalmente, em normas-princípio, para que a decisão seja a mais avalizada e justa possível, de acordo com a complexidade e profundidade do caso. Nesse sentido, não cabe apenas a análise acerca das regras, mas, primordialmente, acerca de sua essência principiológica.

Dessa forma, interpretamos que a reserva do possível pode ser tomada no âmbito da análise jurídica – especificamente nas decisões em torno do direito à saúde – como um princípio jurídico. Sendo assim, o princípio da reserva do possível deve ser sopesado no caso concreto em que se decida sobre os princípios constituintes da política pública de saúde, de acordo com o normatizado pela Constituição Federal, como os princípios da universalidade, integralidade e equidade, problematizando, principalmente, a questão orçamentária da política pública em comento.

2.2 DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL: as origens germânicas

As origens conceituais sistematizadas do denominado princípio da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) surgiram com um tríptico de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht) entre 1973 e 1977 sobre o direito ao acesso às universidades públicas, iniciado pelo notório caso do *numerus*

*clausus*⁹³I (BVerfGE 33, 303, de 1973), o qual foi reiterado a seguir na decisão sobre as universidades ou Hochschul-Urteil (BVerfGE 35, 79, de 1973) e posteriormente ratificado no julgamento *numerus clausus* II (BVerfGE 43, 291, de 1977). Tal encadeamento de decisões em sentido análogo levou à consolidação conceitual e jurisprudencial do conceito da reserva do possível (SGARBOSSA, 2010; MENEZES, 2015).

Esses três julgados do Tribunal Constitucional alemão referem-se ao direito ao acesso, pelos estudantes, às vagas das universidades públicas – principalmente os casos contidos nos *numerus clausus* I e II, que apresentam como base a premissa do artigo 12, § 1º, da Constituição de Bonn: “Todos os alemães têm o direito de escolher livremente a sua profissão, seu local de trabalho e o lugar de formação⁹⁴” (KELBERT, 2011).

No *numerus clausus* I – depois ratificado pelo *numerus clausus* II – a Corte Alemã apreciou caso no qual uma ação judicial tinha como escopo permitir a certo estudante cursar o ensino superior público, no caso específico, a Faculdade de Medicina. Tal ação se baseava na garantia prevista pela Constituição Federal alemã – Lei Fundamental de Bonn – que assegurava a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, tendo em vista que não havia disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as universidades públicas (KRELL, 2002; SARLET, 2012).

A decisão proferida pelo Tribunal estabeleceu que só se poderia exigir do Estado o atendimento de um determinado interesse, ou a execução de uma prestação específica em benefício do interessado, caso fossem observados os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Segundo tal entendimento, os sujeitos à reserva do possível devem sopesar a racionalidade de cada caso concreto, refletindo sobre o aspecto econômico do Estado (KRELL, 2002), conforme seguinte excerto do julgado *apud* Sgarbossa (2010):

⁹³ Segundo Sgarbossa (2010): “*Numerus clausus*, expressão latina que significa número limitado, é a denominação que se dá ao sistema de seleção de candidatos às universidades adotado em diversos países como, por exemplo, nos Estados Unidos da América e na Alemanha e de outros países da Europa Continental. Baseia-se, em regra, no desempenho do candidato nos exames ditos de maturidade (Abitur, Matura, maturità) que constituem a coroação dos estudos do nível correspondente ao ensino médio no Brasil. Os exames de aptidão, denominados de Abitur na Alemanha, são chamados Abitur Matura na Áustria, ou Maturität, na Suíça” (SGARBOSSA, 2010, p. 133).

⁹⁴ Na íntegra, o art. 12 se referia ao seguinte: “Artikel 12 [Berufsfreiheit, Verbot der Zwangsarbeit] (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen (2) Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.” Tradução: Artigo 12 [Liberdade de Profissão, proibição de trabalhos forçados]. (1) Todos os alemães têm o direito de escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu estabelecimento de formação. (2) O exercício da profissão pode ser regulamentado pela lei ou em razão de uma lei (DEUTSCHLAND, 2011). Tradução disponível em: <http://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 19 out. 2019.

(...) na medida em que os direitos de tomar parte (Teilhaberechte) são limitados e não existentes a priori, **encontram-se sob a reserva do possível**, no sentido daquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade.

(...)

(...) Cabe, em primeiro lugar, ao legislador julgar, sob sua responsabilidade, **quando da elaboração do orçamento da economia da comunidade**, levar em consideração outras preocupações, bem como a disposição expressa do artigo 109, § 2º, da Lei Fundamental de atentar **às exigências de equilíbrio global** (BVerfGE 33, 303, p. 333 *apud* SGARBOSSA, 2010, pp. 135-136, grifo nosso).

Ou seja, a supracitada conclusão obstaculizaria qualquer pretensão acima de um patamar considerado logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual o Tribunal decidiu, nesse caso específico, que o Poder Público não estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas (KELBERT, 2011; SARLET, 2012). Em essência, tal julgado definiu que as decisões da macrojustiça, que favorecem toda a sociedade, contrapõem-se às decisões de microjustiça, que atuam contra o patamar de igualdade almejado pela população, conforme trecho da mesma decisão:

Por outro lado, não há qualquer ordem constitucional no sentido de que, para cada candidato, em qualquer época e local de estudo à sua escolha, os custosos investimentos em educação superior sejam orientados exclusivamente em função da demanda pelos flutuantes e variados fatores individuais. Isso conduziria a uma outra falsa concepção da liberdade, na qual seria desconsiderado que a liberdade pessoal não pode ser dissociada da função da capacidade e do equilíbrio do conjunto, permitindo realizar uma conexão ilimitada da compreensão dos direitos subjetivos em detrimento da coletividade, a qual é incompatível com a ideia de Estado Social⁹⁵ (BVerfGE, 33, 303, p. 335 *apud* SGARBOSSA, 2010, p. 137).

Dessa forma, o conceito da reserva do possível, ao partir das concepções jurisprudenciais do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em seus julgados dos anos 1970, apresenta como característica principal a necessidade comprobatória da existência de recursos financeiros como meio apto para se efetivar os direitos fundamentais sociais, pois segundo Kelbert (2011):

⁹⁵ No original: “Andererseits verpflichtet ein etwaiger Verfassungsauftrag aber nicht dazu, für jeden Bewerber zu jeder Zeit den von ihm gewünschten Studienplatz bereitzustellen und auf diese Weise die aufwendigen Investitionen im Hochschulbereich ausschließlich von der häufig fluktuierenden und durch mannigfache Faktoren beeinflussten individuellen Nachfrage abhängig zu machen. Das liefe auf ein Mißverständnis von Freiheit hinaus, bei dem verkannt würde, daß sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen läßt und daß ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist.” BVerfGE, 33, 303, p. 335 *apud* Sgarbossa (2010, p. 137).

(...) se consignou que a prestação de direitos sociais fica na dependência da existência de meios e recursos, mormente os financeiros, o que se manifesta por meio dos orçamentos públicos, bem como da disponibilidade de dispor desses meios e recursos, aspectos que compõem as dimensões da reserva do possível (KELBERT, 2011, p. 71).

Dessa forma, o princípio da reserva do financeiramente possível pode ser utilizado como instituto de restrição da aplicação de direitos fundamentais em sua integralidade, só cabendo a efetivação de um núcleo básico, ou seja, um mínimo existencial de direito em respeito a uma genérica e abstrata dignidade da pessoa humana. Como nos ensina o mantra do direito econômico, as necessidades são infinitas, mas os recursos são finitos, apesar de não haver nenhum critério ou indicador que comprove o equilíbrio pragmático de tal afirmação.

2.2.1 O Advento do Princípio da Reserva do Possível no Brasil: a análise doutrinária brasileira

No Brasil, iniciando pela análise doutrinária, que envolve elaborações baseadas em artigos científicos, dissertações, teses e livros, autores como Sarlet e Figueiredo (2008), Sgarbossa (2010), Kelbert (2011), Moreira (2011), Barcellos (2012) e Menezes (2015) debruçaram-se sobre o princípio da reserva do possível na tentativa de defini-lo de acordo com as idiossincrasias de nosso direito pátrio.

Barcellos (2012) relata que o advento da reserva do possível é concernente ao debate sobre a limitação dos recursos disponíveis frente às numerosas necessidades da população, principalmente em relação às requisições de atendimento à saúde – especificamente em relação aos medicamentos de alto custo que demandam um tratamento de alta complexidade.

A autora atenta para o fato de que há um limite orçamentário e que, conseqüentemente, isso pode levar a uma frustração das aspirações emanadas da população, uma vez que o Estado não possui recursos suficientes para suas infinitas necessidades, haja vista os seguidos ajustes fiscais pelos quais passa o país.

Sarlet e Figueiredo (2008), Sgarbossa (2010), Kelbert (2011), Moreira (2011) e Menezes (2015) definem a reserva do possível em três características principais: a) disponibilidade fática de recursos; b) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e c) a proporcionalidade na prestação.

Sobre a disponibilidade fática de recursos financeiros, a reserva do possível é interpretada no sentido de legitimar a ausência de disponibilização orçamentária para a realização de direitos prestacionais principalmente por parte da União, estados e municípios. Observa-se, entretanto, que essa ausência de recursos deve ser comprovada, não apenas alegada, sob pena de responsabilidade do administrador. Destaca-se que a ausência de recursos não se restringe somente aos recursos financeiros, mas também aos recursos humanos ou materiais como, por exemplo, a falta de médicos, leitos e medicamentos em hospitais públicos.

Sobre a segunda característica da reserva do possível – disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos –, os autores supracitados afirmam que há recursos, porém estes não estão disponíveis e não podem ser utilizados. É o caso, portanto, da problemática ligada à autonomia jurídica de disposição, já que o Estado deve ter a capacidade jurídica – poder de dispor – sem a qual de nada lhe adiantam os recursos existentes. Assim, a peça orçamentária não possui caráter vinculante para o administrador, com exceção do remanejamento de verbas – que deve ser plenamente justificado – previsto na própria lei orçamentária.

Sobre esses dois primeiros pontos que caracterizam o princípio da reserva do possível no Brasil, tanto a disponibilidade fática quanto a disponibilidade jurídica devem ser analisadas sob o prisma do denominado orçamento autorizativo de nosso país, “(...) do que decorre a conclusão de que as previsões de gasto não são obrigatórias apenas por terem sido nele previstas” (MENDONÇA, 2010, p. 375).

Desse modo, conforme o orçamento autorizativo brasileiro, há a opção institucional de se efetivar ou não a rubrica orçamentária para determinada política pública, mesmo que a Constituição Federal determine a concretização da mesma, ou seja, consolida-se a afirmação contraditória da faculdade de gastar perante o dever de agir do Estado, deixando no limbo uma parcela da receita pública. Na visão de Mendonça (2010, p. 376):

(...) um orçamento autorizativo não permite que a Administração empregue recursos por decisão autônoma. Autoriza apenas que as previsões de gasto deixem de ser realizadas. Não é verdade, porém, que as verbas fiquem automaticamente liberadas para outras finalidades. Ao contrário, nenhuma atividade estatal poderá ser desenvolvida regularmente sem que haja uma decisão orçamentária formal (MENDONÇA, 2010, p. 376).

Caso não haja dotação orçamentária – regulamentada formalmente via processo legislativo-parlamentar –, não se pode efetuar o gasto/investimento, mesmo que haja um significativo montante financeiro em caixa. Um exemplo ilustrativo: suponhamos que foram liberados R\$ 200 milhões de reais para a compra de material cirúrgico para hospitais públicos. O orçamento autorizativo permite que a compra não seja realizada, mas, atenção, não permite que o Executivo empregue a verba em outra atividade. É essa liberdade da faculdade de gastar perante o imperativo de agir que caracteriza o denominado orçamento autorizativo.

Mais uma vez, em relação a esse ponto, sirvamo-nos do comentário de Mendonça (2010, p. 392):

No mundo da vida, isso equivale a transferir os recursos para uma espécie de reserva inominada. Transferências de recursos sem autorização legislativa são vedadas pela Constituição, de forma expressa e específica. Por que se deve aceitar como normal que possam ser deslocados para o limbo? Os recursos públicos são limitados e há muitas necessidades sociais não atendidas. Em um ambiente como esse, fica ainda mais evidente que o orçamento é uma pauta de distribuição de todo o montante de recursos existentes, mesmo que seja para a constituição de reservas. **Falar em escolhas trágicas e, ao mesmo tempo, admitir que receitas sejam retiradas do processo alocativo seria manifestamente inconstitucional e imoral** (MENDONÇA, 2010, p. 392, grifo nosso).

A terceira e última característica da reserva do possível – proporcionalidade na prestação – é construída segundo a compreensão de que se deve analisar cada caso concreto com todas as suas nuances de cunho político, jurídico e econômico, posto que o referido instituto reveste-se de um caráter dialético em relação à prestação de direitos fundamentais sociais. Isto é, a reserva do possível tanto pode ser apresentada sob a forma de limite fático e jurídico, como vimos acima, como, concomitantemente, sob a forma de garantia para a efetivação dos direitos relatados caso seja considerado o núcleo essencial mínimo desses direitos. Em ambos os casos, vislumbra-se o risco iminente da transmutação desse princípio em retrocesso, já que os limites gerados – seja admitindo-se uma ampla interpretação sobre o tema, seja demonstrando critérios como proporcionalidade – sempre trabalharão com o foco de restringir ou limitar a efetivação de direitos sociais, como o direito à saúde, visto que, comprovada a ausência de recursos, resta apenas a obrigação de se cumprir com o mínimo existencial, este focalizado e restritivo.

No Brasil, em relação à reserva do possível, nossos doutrinadores supramencionados foram mais exigentes do que os seus colegas alemães, pois esta

tripartição se diferencia do conceito original germânico em relação à segunda característica descrita – “disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos” – o que significa que, antes de serem garantidos os direitos sociais, deve-se observar a disposição orçamentária específica, priorizando, desta feita, o orçamento aos direitos.

Portanto, os direitos só se podem ser efetivados na medida do possível, pois o Estado, supostamente, não possui recursos para além dessa escassa possibilidade financeira. Ao limitar a amplitude de direitos sociais aos cidadãos, se incorre, fatalmente, em uma restrição desses direitos, havendo, portanto, um retrocesso em nosso caso específico, no exercício de aplicação do direito público subjetivo à saúde.

Bucci (2006), Moreira (2011) e Menezes (2015) apontam cinco características sistematizadas e ordenadas que caracterizariam um contexto de aplicabilidade do princípio da reserva do possível frente à efetivação dos direitos fundamentais: a) direitos fundamentais sociais são reconhecidos como parte da ordem constitucional brasileira; b) questões restritivas de cunho conjuntural ou estrutural poderiam atingir esses direitos constitucionalizados; c) possibilidade destas restrições serem representadas por fatos; d) possibilidade desses fatos se caracterizarem como escassez de recursos financeiros; e) possibilidade do fenômeno da escassez de recursos financeiros ser sopesada em cada situação concreta a ser avaliada, interpretada sempre de maneira proporcional e razoável aliada a outros elementos de composição.

E, segundo Moreira (2011), a coordenação sistemática desses cinco elementos desaguaria em uma aproximação do conceito doutrinário de reserva do possível:

A conjunção ordenada destes cinco aspectos revela a existência da reserva do possível que (...) assume a condição de restrição arguida pela Administração Pública, baseada em situação fática que se caracteriza, fundamentalmente, pela escassez de recursos, ponderada em situações concretas que envolvam a implementação de direitos sociais prestacionais (MOREIRA, 2011, p. 99).

Portanto, o princípio da reserva do possível está umbilicalmente ligado à disponibilidade financeira dos entes públicos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mormente o direito constitucional à saúde, servindo como restrição à sua integral aplicação.

Na tabela a seguir, destrinchamos obras acadêmicas, entre artigos científicos, dissertações e teses sobre o princípio da reserva do possível, em um espaço de 10 anos (2008-2018), em sítios eletrônicos de materiais acadêmicos – Portal da Capes, Scielo e

Google Scholar –, e a conclusão sobre a aplicação da reserva do financeiramente possível é a seguinte: que é um princípio que deve ser avaliado e, se viável, comprovado para justificar uma possível restrição à aplicação do direito fundamental à saúde; que esta restrição a ser mantida ocasionaria, conseqüentemente, a aplicação apenas do núcleo básico do direito à saúde, ou seja, a prestação de um mínimo existencial; e que a reserva do possível é intrinsecamente relacionada à questão financeira – escassez de recursos. Mas observa-se que não há estudo na área do direito sanitário que analise o princípio da reserva do possível relacionando-o com o financiamento da política pública de saúde e o conseqüente questionamento que sempre suscita: há dinheiro para implementação do SUS Constitucional ou estaremos limitados pela reserva do financeiramente possível?

Sendo assim, a conclusão a que esses autores chegam na tentativa de conceituar a reserva do possível é idêntica à síntese do advento doutrinário do princípio retratado no início deste capítulo, pois vejamos:

Tabela 5 - Principais obras acadêmicas sobre o princípio da reserva do possível – 2008 a 2018

Autor / Ano de publicação	Título	Definição adotada
Daniel Wei Liang Wang (2008)	Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.	Deve-se ter critérios objetivos para classificar a reserva do possível nas decisões judiciais, além de ser “uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta” (p. 8).
Roger Raupp Rios (2009)	Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos.	“Não há dúvida quanto à seriedade e à realidade da reserva do possível como fato a impedir, eventualmente, o reconhecimento de direitos definitivos ao fornecimento de medicação. Todavia, o que não parece razoável é admiti-la sem a demonstração, por parte da Administração, não só da expressão absoluta e relativa dos recursos implicados, como também da correta e eficiente administração dos recursos disponíveis (não faz sentido, por

		exemplo, alegar impossibilidade de meios financeiros quando o orçamento respectivo não é sequer executado em sua integralidade)” (p. 13).
Solange Rebeca Rodrigues (2012)	Judicialização: possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil?	“A reserva do possível deve funcionar como um limite jurídico e fático, sempre se ponderando entre o que é proporcional em face das condições estatais e o que não se pode deixar de distribuir em razão do mínimo existencial” (p. 206).
Marco Antonio da Costa Sabino (2014)	Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: limites, excessos e remédios.	“Decisões judiciais que tutelam saúde devem se preocupar com a escassez e, assim, a reserva do possível deve fazer parte do repertório de inquirições do magistrado. Se o Poder Público demonstrar que não há reservas para custear a demanda autoral, o juiz precisa investigar se a ausência de fundos deriva de escolhas do administrador ou se, de fato, ela é fruto de escassez absoluta, ou, ainda, quem pagará a conta do deslocamento de receitas provocado pelo atendimento do pedido. Na primeira hipótese, a reserva do possível não poderá ser invocada, já que fruto de discricionariedade administrativa; no caso da escassez absoluta, a reserva do possível será oponível desde que inescrupulosamente provada, já que inexistentes recursos; por fim, quanto ao impacto orçamentário da decisão, o juiz deverá ponderar e decidir nos moldes da razoabilidade, outro limite” (p. 400).

<p>Mariane Barcelos Saratt, Leandra Corrêa Soares, Ronei Castilho Miorin, Nathalie Kuczura (2015)</p>	<p>Reserva do Possível: justificativa para ausência do estado na efetivação de um direito constitucional a saúde.</p>	<p>“De acordo com a jurisprudência supracitada, o estado ao arguir a Reserva do Possível, deve primeiramente levar em consideração princípio da razoabilidade, pois o indivíduo tem o direito ao mínimo para sua existência, cabendo ao Estado suprir mesmo que temporariamente a carência. Portanto, a Reserva do possível não pode ser utilizada como subterfúgio para o direito a um procedimento médico seja esse através de medicamentos, cirurgias, atendimentos especializados” (p. 10).</p>
<p>Oreonnilda de Souza, Lourival José de Oliveira (2017)</p>	<p>O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.</p>	<p>“Sem dúvidas, os direitos e as liberdades fundamentais precisam de recursos financeiros para serem concretizados. Por isso, para contrapor a teoria da reserva do possível na garantia de um núcleo mínimo essencial à própria subsistência do homem, nasce a teoria do mínimo existencial, teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando o assunto é saúde, a partir de juízos de sopesamento com vistas à tutela da vida e dignidade humana” (p. 102).</p>
<p>Mariane Porto Mendes, Ingrid Brião Veiga da Silveira (2017)</p>	<p>O princípio da reserva do possível: uma limitação ao direito fundamental à saúde?</p>	<p>“Não há como contestar que a escassez de recursos é inerente às sociedades e que nem nos locais mais desenvolvidos seria possível garantir o acesso de todos a qualquer tipo de tratamento de saúde, independente da complexidade, sem comprometer outras prestações devidas pelo Estado ao seu povo” (p. 13-14).</p>

<p>Daniela de Lima Ranieri Guerra (2017)</p>	<p>A dialética do direito à saúde: entre o direito fundamental à saúde e a escassez de recursos.</p>	<p>“Ocorre que, quando se fala em política pública, se fala em recurso público e tem de se levar em conta que a saúde, assim como o exercício de qualquer direito social, em princípio, custa dinheiro. A “reserva do possível”, parte dessa constatação, entendendo que existe um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, que é a dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária –, que não poderá ser ignorada pelas decisões judiciais. Para Alexy, é ‘aquilo que o indivíduo poderá razoavelmente exigir da sociedade’. Isso não tem como consequência a ineficácia de um direito à prestação estatal, mas expressa a necessidade de ponderar sobre esse direito. Significa que os direitos sociais, bem como todos os outros direitos fundamentais, não podem ser encarados como se tivessem conteúdos absolutos e aplicáveis a todos os casos de um modo definitivo, mas devem ser delimitados pela colisão de interesses verificados no caso concreto” (p. 86).</p>
<p>Joseane Ledebrium Gloeckner (2017)</p>	<p>A reserva do possível como limite à efetividade do direito fundamental à saúde.</p>	<p>“As demandas judiciais concernentes aos direitos sociais, especialmente no que tange ao direito à saúde, vêm crescendo de forma acelerada. Essas demandas requerem dos juízes decisões mais criteriosas, pois cabe a eles decidir sobre alocação de dinheiro público. Assim, deve ser enfrentada a questão referente à denominada reserva do possível a até que ponto pode servir de limite à eficácia e efetividade do direito</p>

		à saúde” (p. 5).
Pablo Florentino Fróes Couto (2018)	A Judicialização das Políticas Públicas no Brasil sob a perspectiva da separação de poderes, reserva do possível e do mínimo existencial	“A reserva do possível é tudo aquilo que o cidadão pode razoavelmente exigir do Estado, especificamente da sociedade. Na verdade, não se postula a ineficácia dos direitos que requeiram a prestação positiva estatal, mas sim se atenta pela necessidade de ponderar as prestações estatais em face de outros direitos. Em suma, os direitos sociais não são absolutos e nem aplicáveis em todos os casos definitivamente, pois eles podem sofrer delimitações por causa da colisão com outros direitos e interesses no caso concreto” (p. 93).

Fonte: elaboração própria a partir de pesquisa em sítios eletrônicos acadêmicos, como Google Scholar, Portal da Capes e Scielo.

2.2.2 O Princípio da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal – uma análise jurisprudencial brasileira

No específico campo da judicialização do direito à saúde, o princípio da reserva do possível é acionado geralmente pelos entes da federação – União, estados, Distrito Federal e municípios – para justificar a argumentação de ausência de recursos financeiros no caixa destes, impossibilitando, dessa maneira, o cumprimento de sentença judicial favorável ao autor, mormente pleiteando demandas sanitárias de alto custo e complexidade.

A contestação jurídica em que se embasam as Administrações Públicas dos entes mencionados por meio de suas procuradorias jurídicas para tentar inviabilizar o

cumprimento de decisão judicial sobre demandas relativas ao direito à saúde relaciona-se com o argumento central da denominada escassez de recursos financeiros. Segundo tal alegação, os gastos não previstos no orçamento e requisitados por meio da judicialização poderiam comprometer a disponibilidade financeira para a efetivação das políticas públicas, não somente na especificidade da política pública de saúde⁹⁶ mas também na implementação de outras políticas de cunho social.

Dessa forma, já que a responsabilidade pela execução do orçamento público, como competência legal, recai sobre o poder Executivo – que também é o destinatário das decisões judiciais condenatórias – urge, portanto, quando impugnado em juízo, invocar o princípio da reserva do possível, como tentativa argumentativa de afastar a apreciação judicial sobre o cumprimento de uma prestação no campo sanitário.

Nesta seção, tentaremos compreender a função da reserva do possível na jurisprudência do STF. Mais uma vez, assim como no capítulo inicial desta tese, justificaremos nossa análise tendo como referência o STF, pois esse é o órgão de cúpula das decisões nacionais, sendo a corte suprema que reflete e reverbera as discussões político-jurídicas mais importantes da nação, influenciando julgados de outros tribunais superiores, assim como de várias instâncias inferiores espalhadas por toda a jurisdição de nosso país; além de tratarmos de um princípio eminentemente constitucional.

Procuraremos destrinchar algumas questões referentes à reserva do possível em sua inserção na jurisprudência da mais alta corte do país. Para tanto, partiremos de dilemas norteadores tais como: existe uma precisa conceituação sobre a reserva do possível nos acórdãos do STF? Como o STF trata o conceito de reserva do possível no aspecto geral do termo? Como é compreendida a relação entre a reserva do possível e o direito à saúde na jurisprudência da Suprema Corte? Há critérios estipulados pelo STF para a justificativa da utilização do princípio da reserva do possível pelos entes estatais? Como se daria a comprovação da escassez de recursos financeiros pelas partes demandadas?

⁹⁶ Os casos mais famosos inseridos na judicialização relativos a gastos não previstos na política pública de saúde referem-se às demandas de medicamentos fora da lista do SUS, ou seja, que não fazem parte da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e das Relações Municipais de Medicamentos (REMUME). Tal conclusão encontra-se na pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”, divulgada no ano de 2019 em uma parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 19 out. 2019.

A pesquisa em questão consiste na análise de acórdãos disponibilizados no portal eletrônico do STF⁹⁷, além de revisão bibliográfica sobre a matéria (WANG, 2008; FALSARELLA, 2012; SILVA, 2016). Esclarecemos que delimitamos por pesquisar somente acórdãos, já que estes são decisões colegiadas que, em razão disso, expressam melhor o pensamento do Tribunal como um todo, o que o próprio glossário jurídico disponibilizado pelo STF confirma, visto que este define os acórdãos como “1. Decisão final prolatada por órgão colegiado. 2. Julgamento colegiado proferido por tribunal, o qual serve como paradigma para solucionar casos análogos”⁹⁸. Assim, teremos uma compreensão de como o Supremo lida com a reserva do possível como órgão colegiado, e não como divulgador de decisões individuais.

Dessa maneira, a seleção do universo da pesquisa foi realizada acessando-se o sítio eletrônico do STF na seção “Jurisprudência > pesquisa > pesquisa de jurisprudência” e inserindo-se primeiramente o termo geral “reserva do possível”, o que trouxe um retorno de 156 (cento e cinquenta e seis) acórdãos. Especificamente, inserindo o termo “reserva do possível direito à saúde”, o retorno foi de 26 (vinte e seis) acórdãos e, por fim, “reserva do possível saúde”, chegou-se a um total de 27 (vinte e sete) acórdãos⁹⁹.

Desse universo entre 26 (vinte e seis) e 27 (vinte e sete) acórdãos sobre a matéria, selecionamos as deliberações que continham em suas respectivas ementas as nomenclaturas “reserva do possível” e “reserva do financeiramente possível”, nomenclaturas essas que são compreendidas como sinônimos pelo Supremo. Também abordamos as de maiores impactos com força vinculante na jurisprudência do Tribunal, ou seja, as mais citadas em votações e debates posteriores.

Destarte, no resultado definitivo sobre a pesquisa estipulada, os principais julgados sobre a reserva do possível e o direito à saúde, apresentando um recorte temporal entre 2004 e 2015, foram os seguintes: ADPF 45/2004; STA 223 AgR/2008; STA 175 AgR/2010; SL 47/2010; RE 368564/2011; RE 642536 AgR/2013; RE 581352 AgR/2013; ARE 727864 AgR/2014; RE 581488/2015. Embora a ADPF 45/2004 e a STA 175 AgR/2010 já tenham sido analisadas no primeiro capítulo desta pesquisa, serão novamente

⁹⁷ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 out. 2019.

⁹⁸ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 19 out. 2019.

⁹⁹ A diferença de 1 (um) acórdão entre uma pesquisa e outra foi constatada pela inclusão de um agravo regimental a mais quando utilizamos o termo “reserva do possível saúde”. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESERVA+DO+POSSIVEL+SAUDE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybz7u7bn> e <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESERVA+DO+POSSIVEL+DIREITO+A+SAUDE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybk2so3j>. Acesso em 19 out. 2019.

citadas nesta parte, pois também são “*leading cases*”¹⁰⁰ quando o assunto se refere à reserva do possível e o direito à saúde.

Iniciando pelo primeiro julgado, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45 em Medida Cautelar (MC), datada de 29/04/2004, destacada no primeiro capítulo desta tese quando analisamos a terceira fase de julgamentos do STF sobre o Custo dos Direitos, o relator min. Celso de Mello primeiramente esboça uma apresentação do princípio da reserva do possível com base na obra de Holmes e Sustain (1999):

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “**reserva do possível**” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política** (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

A seguir, o relator pondera que para o Estado implementar os direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à saúde, necessitaria de “um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias”, não sendo possível ao ente público financiar e implementar políticas sociais sem a devida rubrica orçamentária; mas ressalva que para o Estado abrir mão de cumprir com os desígnios constitucionais deverá comprovar sua argumentação baseada na reserva do possível. Caso contrário, se demonstrará uma grande fraude, impossibilitando, de modo ilegítimo e arbitrário, o mínimo existencial à saúde para os cidadãos contribuintes responsáveis pela sustentação do Estado:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo,**

¹⁰⁰ A expressão “leading case”, conforme Soares (1999), apresenta o seguinte significado: “é uma decisão que tenha constituído uma regra importante, em torno da qual outras gravitam” (SOARES, 1999, p. 40).

arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Como foi discutido no primeiro capítulo desta tese, a ADPF 45 foi a primeira decisão na seara do Supremo em que um ministro da corte elaborou explicitamente um critério para se averiguar o cabimento do princípio da reserva do possível. O critério sugerido lastreava-se na junção entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado. Caso ambos os elementos formadores do critério sugerido pelo ministro fossem afirmativos, comprobatórios e cumulativos (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado), estaria configurada obrigação estatal em efetivar o direito demandado, caso contrário, restaria descaracterizada a possibilidade do ente público de realização prática de tais direitos, no nosso caso específico, do direito fundamental à saúde. Como se atesta:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em **um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.**

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (**razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado**) **devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência**, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Outro julgado paradigmático sobre o princípio da reserva do possível e sua ligação com o direito à saúde, assim como também relatamos no primeiro capítulo, desta vez na análise sobre a quarta fase de julgamentos do STF, denominada Medicina Baseada em Evidências (MBE), foi o Agravo Regimental impetrado pela União na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – AgR na STA 175/CE, tendo como relator o min. Gilmar Mendes.

No conteúdo do voto, o relator apresenta uma solução para os complexos casos que abarcam o direito prestacional à saúde, na tentativa de minimizar o dilema de, por um lado, haver muitas demandas na área sanitária e, por outro, ser justificado pelos entes públicos um orçamento cada vez mais ínfimo. Desse modo, o ministro Gilmar Mendes defende que o Estado utilize o critério da justiça distributiva baseada em escolhas alocativas – para tentar minar as escolhas trágicas – e a ratificação de uma política pública que apresente como parâmetro métodos de igualdade material frente ao simplismo da igualdade formal e a defesa de uma interpretação que respeite a macrojustiça contra o limitado conceito da microjustiça, senão vejamos:

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas públicas e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, **escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender)**, configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça (STF – STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, j. 17/03/2010; DJ 30/04/2010, grifo nosso).

Apesar de que, em nosso entendimento, não há uma obrigação político-jurídica muito menos uma obrigação de cunho financeiro-econômico de definição conceitual do princípio da reserva do possível pela Suprema Corte, cabendo esse desiderato a obras doutrinárias que também são importantes fontes do direito, o debate atual no STF segue na tentativa de esboçar um conceito da reserva do possível, como argumenta o ministro Edson Fachin em julgado do Recurso Extraordinário RE 592581 de 2015:

Para além disso, sua efetiva realização (de direitos sociais) **apresenta dimensão econômica que faz depender da conjuntura**; em outras palavras, das condições que o Poder Público, como destinatário da norma, tenha de prestar. **Daí que a limitação de recursos constitui, na opinião de muitos, no limite fático à efetivação das normas de natureza programática. É a denominada 'reserva do possível'.**

Pois a '**reserva do possível**', no que respeita aos direitos de natureza programática, tem a ver não apenas com a possibilidade material para sua efetivação (econômica, financeira, orçamentária), mas também, e por consequência, **com o poder de disposição de parte do administrador, o que imbrica na discricionariedade, tanto mais que não se trata de atividade vinculada** (STF: RE 592581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, p. 70, grifo nosso).

Constatamos, dessa maneira, em uma descrição inicial sobre a jurisprudência brasileira, alguns pré-requisitos de impacto gerados pelo princípio da reserva do possível, em um sentido geral do termo. No próximo item, discorreremos especificamente sobre o lugar da reserva do possível na jurisprudência da corte suprema, em uma sistematização mais específica sobre a matéria.

2.2.3. Sobre o conceito e a natureza jurídica da Reserva do Possível no Supremo Tribunal Federal

Avaliando o material empírico da pesquisa em tela por meio da leitura analítica dos acórdãos acima selecionados, concluimos que não há um conceito definido e específico sobre o que seria a reserva do possível nas declarações dos ministros do STF. Há, inclusive, a utilização das expressões “reserva do financeiramente possível” e “reserva financeira do possível” como sinônimos da expressão “reserva do possível”, sem um esforço analítico sistemático para se projetar a construção de um conceito objetivo sobre o que seria, afinal, a reserva do possível.

Apesar dessa constatação, há alguns elementos que poderíamos traçar como integradores de uma aproximação conceitual judicializada sobre o que se compreenderia como reserva do possível no âmbito do STF. Para tanto, utilizaremos como ponto de análise os votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, pois são, juntos, responsáveis por 70% (setenta por cento) dos votos sobre essa temática na jurisprudência da corte (SILVA, 2016).

O primeiro elemento de definição da reserva do possível poderia ser sintetizado no seguinte raciocínio: o de que a implementação principalmente dos direitos fundamentais sociais, classificação em que se inclui o direito à saúde, depende de uma atuação concreta e onerosa por parte do Estado, leia-se investimento financeiro. O outro elemento seria uma relativização ao primeiro, pois a implementação desses direitos fundamentais sociais poderia sofrer uma limitação material de cunho orçamentário, a depender da fragilidade econômica do ente estatal, com a ressalva de que deveria ser judicialmente comprovada. Por fim, conclui-se que a comprovação objetiva da incapacidade financeira do Estado para efetivação de direitos sociais tornaria inexigível a prestação imediata da obrigação estatal em virtude justamente do limite econômico-material. Deveria ser respeitada a interpretação baseada na razoabilidade e proporcionalidade sopesada pelo conflito entre o princípio da

dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial versus o princípio da reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, concluímos que não há um conceito explícito do que seria a reserva do possível, mas apenas aproximações conceituais tendo em vista os julgados do STF analisados nesta tese, principalmente os decididos pelos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, responsáveis por mais de 70% (setenta por cento) dos casos sobre a matéria.

Sobre a natureza jurídica da reserva do possível, a maioria dos ministros que julgou a matéria relata que se trata de um valor normativo inerente a um princípio¹⁰¹, tal qual nosso entendimento na análise inicial neste capítulo, na parte sobre o valor normativo atribuído pela doutrina. Mas tal definição não é utilizada como referência nas decisões, variando conforme as seguintes situações: ministro votante, tempo, conteúdo, matéria e critério jurídico a ser utilizado.

Assim como não há um conceito definitivo e claro, seguido por todos os ministros em qualquer situação, que sedimente uma aguardada segurança jurídica e coerência jurisprudencial, sobre o que seria a reserva do possível; também concluímos, pela análise ora realizada, que não há uma definição assertiva sobre a natureza jurídica da reserva do possível. Às vezes, a reserva do possível tem o valor normativo de cláusula ou até mesmo de teoria, isso no entendimento dos ministros do órgão de cúpula do Poder Judiciário (STF), não havendo estabilidade conceitual.

Dessa forma, destaca-se que não há uma justificativa sobre o critério a ser utilizado para a definição da natureza jurídica da reserva do possível. Os ministros do Supremo simplesmente a classificam sem aprofundar sobre a questão do valor normativo posto ao termo em comento (FALSARELLA, 2012).

Por meio da análise da jurisprudência do STF a respeito da relação entre a reserva do possível e o direito à saúde, constatam-se duas funções exercidas pelo princípio da reserva do possível: a) o de ser um instituto responsável por integrar o aspecto econômico da política pública com o direito e seus instrumentos jurídicos de decisão, incluindo o direito econômico em si; b) o de ser uma ferramenta utilizada como importante

¹⁰¹ STF: ADI 3768, Rel. Min. CarménLúcia, j. 19/09/2007, p. 12.
STF: RE 368.564, Rel. Min. Menezes Direito, j. 13/04/2011, p. 23.
STF: RE 642.536 Agr, Rel. Min. Luiz Fux, j. 05/02/2013, p. 8.
STF: RE 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015, p. 45.
STF: RE 581.488, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/12/2015, p. 56.

condicionante a ser avaliada para a implementação de políticas públicas pela via judicial (WANG, 2008).

Outra observação sobre a interpretação da reserva do possível na jurisprudência da Suprema Corte brasileira seria o uso do mínimo existencial como limite à concretização da reserva do financeiramente possível. Ou seja, mesmo que os entes públicos comprovassem não ter dinheiro em suas contas públicas para efetivar as demandas de saúde pleiteadas pelos autores, dever-se-ia cumprir com o mínimo existencial do demandante, respeitando o supraprincípio da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ratifica-se pela jurisprudência do STF a razoabilidade proporcionada pela demonstração da reserva do possível, mas com o cumprimento de um mínimo existencial de saúde para o cidadão requerente¹⁰².

2.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: um retrocesso sanitário?

Iniciaremos nesta parte do capítulo uma problematização em relação ao princípio da reserva do possível frente ao direito fundamental social à saúde. Afinal, a utilização da reserva do possível pelo direito brasileiro poderia ser considerada um retrocesso sanitário, no sentido de obstaculizar a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com os parâmetros constitucionais?

Krell (2002) já inicia o debate afirmando que o princípio da reserva do possível não pode ser aplicado em nossa realidade, pois caso os doutrinadores ou operadores do Direito alemães se confrontassem com o quadro socioeconômico de exclusão social do Brasil e, conseqüentemente, com a ausência de condições mínimas para o usufruto de uma existência digna, passariam a exigir a atuação do Poder Judiciário para, juntamente com outros poderes da República, tentar amenizar as desigualdades sociais existentes.

Complementando, Krell (2002) ainda destaca que se as condições para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais se resumirem à existência de recursos financeiros nos caixas de governos, a eficácia em torno dessa efetivação se aproximará de zero, realçando que os direitos sociais não devem ser postos abaixo das condicionantes econômicas, sob o risco de se relativizar a legitimidade desses direitos. Tal modo de operação poderia ocasionar uma crise do incipiente Estado Social e Democrático de Direito brasileiro ainda em via de consolidação, não sendo positiva a comparação de

¹⁰² Porém, no próximo capítulo, veremos que o mínimo existencial pode ter um efeito de retrocesso sócio-sanitário quando interpretado à luz do direito universal à saúde no Brasil.

uma economia central do continente europeu com outro tipo de formação cultural e institucional.

Cunha Jr (2010), ratificando o pensamento de Krell (2002), é ainda mais incisivo, ao fazer constar que, mesmo com os avanços conjunturais nos últimos anos, representados por políticas de transferência de renda e ratificação das políticas públicas, não se enxerga uma mudança estrutural efetiva no Brasil, o qual ainda figura entre os países líderes de estatísticas de concentração de renda e de população sobrevivendo abaixo da linha de pobreza¹⁰³. Tal conjuntura sinaliza, segundo o autor, uma pretensa exigência para que os direitos sociais sejam retirados da condição de reféns do condicionamento provocado propositadamente pela justificativa do princípio da reserva do possível.

Como vimos, o princípio da reserva do possível é conceituado apresentando como referência duas principais características: reserva do possível considerada fática e reserva do possível de vertente jurídica. A primeira se caracterizando como a existência de um contingenciamento financeiro a que se encontram submetidos os direitos prestacionais; e a segunda se caracterizando pela ausência de previsão orçamentária que destine os recursos financeiros à consecução de um determinado interesse ou requerimento de uma determinada demanda no campo do direito sanitário (DA SILVA, 2010).

Sobre a reserva do possível de característica fática há o aspecto de uma crítica sobre a inexistência de critérios jurídicos ou, principalmente, econômicos, que possam balizá-la, correndo o risco de se tornar uma ficção conceitual, como relata Souza (2009):

A reserva do possível fática (ausência de recursos) é um conceito ainda mais problemático, ainda mais fluido, ainda mais polêmico que o de mínimo existencial. **Tem sido alegada indiscriminadamente pelo Poder Público para se furtar à implementação de direitos fundamentais e não existem ainda critérios objetivos para delimitá-la** (SOUZA, 2009, p. 4000, grifo nosso).

Farena (1997) destaca o risco de se colocar como pressuposto básico para a efetivação dos direitos sociais a quantidade de recursos suficientes do Estado de forma abstrata, explicitando assim um retrocesso social que imobilize as pretensões contidas nas políticas públicas ratificadas em nossa Constituição Federal:

¹⁰³ Segundo reportagem do jornal Folha de São Paulo, de 19 de agosto de 2019, baseada no Relatório da Desigualdade Global – Escola de Economia de Paris, o Brasil apresenta-se hoje como o país democrático que mais concentra renda no 1% do topo da pirâmide. Disponível em: <https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml>. Acesso em 20 out. 2019.

As alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; **é preciso demonstrá-la**. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais (FARENA, 1997, pp. 13-14, grifo nosso).

Já sobre a reserva do possível jurídica, a crítica é sustentada pela defesa de um maior protagonismo do Poder Judiciário no que tange ao controle da legislação orçamentária. Para Grau (2011), a atuação do Poder Judiciário, em colaboração com os demais poderes, deve conter um viés e inclinação pró-desenvolvimento dos direitos sociais, infringindo retrocessos político-jurídicos que venham a surgir, pois o processo de aplicação do direito por meio do mandamento advindo das decisões judiciais é um processo de permanente recriação e atualização do direito, abrindo espaços para inovações e retirando principalmente o juiz do estado de letargia de ser apenas “a boca da lei”, devendo não apenas reproduzir, mas produzir o direito com o intuito de efetivar a aplicação constitucionalmente imediata de um direito fundamental social. É o caso de inverter as prioridades: o direito social é que deve influenciar o orçamento e não o contrário.

Para concluirmos o debate em torno da reserva do possível fática e jurídica, destacamos a passagem de Cunha Jr (2010), em que o autor advoga pela imprescindibilidade da comprovação de ausência de recursos financeiros no âmbito do Estado para servir de garantia para o cumprimento dos direitos sociais, e que, ainda segundo o autor, o que ocorre na realidade é uma má distribuição desses recursos e até mesmo desvios ilícitos. Neste caso, sustenta Cunha Jr (2010), o Poder Judiciário deve atuar tendo como referência o princípio da proibição do retrocesso social¹⁰⁴, para evitar teses restritivas como a reserva do possível, alertando sobre instrumentos de fiscalização sobre o gasto público a fim de evitar casos como desvios de verbas com obras superfaturadas, cartões corporativos, corrupção ativa e passiva, empresas corruptoras e corruptas, cultura “do favor e do jeitinho”; para que esse dinheiro seja aplicado em prol das necessidades básicas da comunidade, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Concordamos com a interpretação de que o direito à saúde, assim como todos os direitos – sendo estes sociais ou liberais –, não seria absoluto, devendo-se analisar a

¹⁰⁴ Utilizaremos, no último capítulo, o princípio da proibição do retrocesso social como uma das propostas jurídico-políticas para a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil.

proporcionalidade, a razoabilidade e o caso específico em si. Mas utilizar-se do argumento de que não há recursos disponíveis sem comprovação empírica é característica de setores que têm como escopo principal restringir e, até mesmo, excluir o direito à saúde da Constituição, atacando principalmente os princípios da integralidade, universalidade e equidade. É urgente, também aqui, que a hermenêutica jurídica atue com o fito de proibir este retrocesso social denominado “reserva do financeiramente possível” (MOREIRA, 2011).

Complementamos esse raciocínio com a citação de trecho da tese de doutorado de Fernando Aith (2006, pp. 397-398), intitulada “Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro”, em que se defende a totalidade do princípio constitucional da integralidade em seus mais variados níveis de complexidade no caso específico da saúde, sendo, para isso, de fundamental importância manter um lastro orçamentário condizente com essa atuação dos entes públicos para que se faça valer a nossa Constituição da República:

(...) a diretriz de integralidade das ações e serviços públicos de saúde representa um importante instrumento de defesa do cidadão contra eventuais omissões do Estado, pois este é obrigado a oferecer, prioritariamente, o acesso às atividades preventivas de proteção da saúde. A prevenção é fundamental para evitar a doença, entretanto, sempre que esta acometer um cidadão, compete ao Estado oferecer o atendimento integral, ou seja, todos os cuidados de saúde cabíveis para cada tipo de doença, dentro do estágio de avanço do conhecimento científico existente. Assim, sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico. **Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos.** Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população (AITH, 2006, pp. 397-398, grifo nosso).

Portanto, a ultimação do direito à saúde por parte do Estado é obrigatória e deve atender a todos. A reserva do possível não deve ser usada como argumento a obstaculizar esta conquista da nossa cidadania, pois, como vimos, ela necessita de uma melhor definição em relação a seus critérios objetivos, assim como as procuradorias jurídicas dos entes públicos necessitam comprovar seu pressuposto básico – a escassez de recursos por parte do Estado brasileiro, Estado aqui utilizado em sentido genérico, abarcando todos os entes públicos de nossa federação (KELBERT, 2011).

2.4 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O FINANCIAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO BRASIL: uma análise inovadora no campo jurídico

Neste ponto específico do capítulo, a abordagem em torno do direito à saúde e sua relação com o princípio da reserva do possível busca analisar especificamente o orçamento sanitário no Brasil desde a constitucionalização do SUS em 1988 até os dias atuais. Ou seja, analisaremos resumidamente 30 anos de financiamento constitucional da saúde, ocasião em que tentaremos responder alguns questionamentos, tais como: há dinheiro nos caixas do Estado (União, estados, DF, municípios) para a implementação do SUS constitucional no Brasil atual? A política pública de saúde no Brasil realmente padece de um denominado subfinanciamento? Justifica-se a argumentação do princípio da reserva do possível pelos entes públicos para limitar e até mesmo obstaculizar o cumprimento do direito fundamental social à saúde no Brasil? Ao se avaliar o financiamento da política pública de saúde no Brasil, podemos chegar à conclusão de que o princípio da reserva do possível não passaria de um retrocesso social com o objetivo de restringir e extinguir o SUS constitucional?

O financiamento da saúde no Brasil, antes e depois da Constituição de 1988, foi marcado em vários momentos pela ausência de estabilidade e segurança jurídico-econômica, evidenciando uma fragilidade político-institucional para resolver esta importante questão.

Antes da Constituição de 1988, somente a previdência social e o orçamento fiscal eram fontes de financiamento público da saúde. Os recursos previdenciários eram financiados por uma minoria da população que estava inserida no mercado formal de trabalho e, que, em contrapartida, recebia assistência médico-hospitalar; e os recursos fiscais eram direcionados para uma concepção geral de saúde pública, abarcando aspectos como vacinação, vigilância e controle de doenças. A maioria da população, não respaldada por um arcabouço formal trabalhista, era atendida por um conjunto de associações filantrópicas de saúde (VIANNA, 2005).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a saúde passou a integrar a Seguridade Social (art.194), juntamente com a previdência e a assistência social, devendo ser financiada por recursos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além das contribuições sociais (art.195). Neste ponto inicial da discussão, que envolve a formação da seguridade social, o primeiro destaque surge com o art. 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição, que

implementa – de forma inédita em nossa história constitucional – o percentual do Orçamento da Seguridade Social (OSS) a ser investido na política pública de saúde:

Art. 55. Até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, **trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social**, excluído o seguro-desemprego, **serão destinados ao setor de saúde** (CF/88, grifo nosso).

Esse artigo constitucional do ADCT não chegou a ser efetivado em nosso país, prejudicando a estabilidade inicial do financiamento da saúde nos incipientes momentos da Nova República pós-Constituição. O percentual estipulado – 30% (trinta por cento) – não foi cumprido nos anos de 1990 e 1991, e no ano de 1992 ele só foi cumprido porque foram contabilizados como ações de saúde os gastos em recursos humanos, merenda escolar, obras urbanas, dentre outros, descaracterizando, dessa forma, o artigo em tela, já que esses gastos contabilizados não estavam no rol de ações e serviços em saúde elencados pela Constituição Cidadã¹⁰⁵ (SERVO *et al.*, 2011).

No ano de 1993, a disputa entre os recursos da Saúde e da Previdência – prevista por estudiosos como Menicucci (2009) e Vianna (2005) pela justificativa de uma crise previdenciária – acirrou-se, resultando no fim da solidariedade das contribuições previdenciárias para o orçamento da saúde. Tal desenrolar dos fatos gerou, inclusive, empréstimos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ao Ministério da Saúde (MS), situação que deixou patente que o financiamento da saúde necessitava de um imposto específico sobre a matéria¹⁰⁶ (SERVO *et al.*, 2011).

Sendo assim, recorreremos novamente ao ADCT da Constituição para analisarmos o imposto específico e provisório criado para aumentar os recursos financeiros para a saúde, a

¹⁰⁵ Caso fosse aplicado o valor constitucionalmente estipulado pela Constituição – 30% do OSS nas ações e serviços públicos de saúde (ASPS) –, e considerando a Lei Orçamentária da União (LOA) para o exercício financeiro de 2018 – Lei nº 13.587, de 2 de janeiro de 2018, os recursos federais para o SUS seriam da ordem de R\$ 301,5 bilhões, ou seja, mais que o dobro dos R\$ 121,86 bilhões alocados para o Fundo Nacional de Saúde (FNS) nesse mesmo orçamento. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude?ano=2018>. Acesso em 20 out. 2019.

¹⁰⁶ No ano de 1993 o percentual repassado para o Ministério da Saúde foi o equivalente a 15,5% da receita de contribuições, metade do previsto, esse problema alertou para que fosse apresentada a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 169, que estabelecia como fonte específica de financiamento federal da saúde 30% do Orçamento da Seguridade Social (OSS) da União e mais 10% das Receitas de Impostos de competência federal. Essa PEC teve um período de tramitação de sete anos no Congresso Nacional e foi promulgada originando a Emenda Constitucional (EC) nº 29, de 2000, que regula a aplicação de cada ente federado, porém, o texto aprovado não contemplou essa regra de cálculo de aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde (ASPS) nos seus 10% propostos (FUNCIA, 2018).

Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), conforme Emenda Constitucional (EC) nº 12/1996¹⁰⁷:

Art. 74 - A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 3º - **O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde (CF/88, grifo nosso).**

Ao contrário do que supõe o senso comum, as contribuições sociais como COFINS¹⁰⁸, CSLL¹⁰⁹ e CPMF¹¹⁰ foram responsáveis por uma média de incríveis 70% (setenta por cento) do financiamento da saúde no período de 1997 até 2007, sendo que a CPMF sozinha era responsável por 1/3 (um terço) desses recursos, logrando a estabilização momentânea dos recursos destinados às ações e serviços da política pública de saúde (ASPS), conforme Gráfico 2 a seguir (PIOLA *et al.*, 2013):

¹⁰⁷ Com a EC 21/1999 os recursos da CPMF – que antes eram exclusivamente para a saúde – foram compartilhados entre a Previdência e o Fundo de Combate à Pobreza com aumento da alíquota de 0,20 para 0,38% (depois estabilizado em 0,30).

¹⁰⁸ Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social.

¹⁰⁹ Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

¹¹⁰ A CPMF era uma contribuição destinada integralmente para o custeio da política pública de saúde, da previdência social e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. O histórico da destinação de seus recursos pode ser sintetizado da seguinte forma: conforme art.º 18 da Lei nº 9.311, de 1996, a totalidade da arrecadação era destinada para o Fundo Nacional de Saúde (FNS). Três anos depois, em 1999, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 21, os recursos orçamentários da CPMF eram transferidos também para a Previdência Social e para o combate à pobreza, 26% da arrecadação iam para a primeira, enquanto 21% eram direcionados para o segundo; o restante era destinado ao FNS (MARQUES; PIOLA; ROA, 2016).

Gráfico 2 - Ministério da Saúde (MS): execução do gasto total por fonte de recursos, CPMF e demais fontes (1995 – 2011)



Fonte: Ministério da Saúde. Elaboração: Piola *et. al.* (2013). Reprodução.

Mas a CPMF, por ter suscitado uma discussão sobre sua provisoriedade, sempre foi alvo de polêmicas em torno da carga tributária e sobre sua efetividade na aplicação dos recursos. A CPMF, na visão de Salvador (2007), “é um desses tributos regressivos, pois ao incidir ao longo da cadeia produtiva, é passível de ser transferida a terceiros; em outras palavras, para os preços dos produtos adquiridos pelos consumidores”¹¹¹. Evidencia-se aí, mais uma vez, a injusta tributação brasileira, caracterizada pelo fato de que quem mais financia o SUS são as classes menos favorecidas, principalmente por meio do consumo.

Nos dez anos de sua vigência, a CPMF também sofreu a ingerência da Desvinculação de Receitas da União (DRU), instrumento inaugurado pelos governos brasileiros da década de 1990, depois dos acordos com o Fundo Monetário Internacional (FMI) que vigoraram por muito tempo e, que, agora, têm sido novamente incorporados ao debate governamental. No caso específico da CPMF, de 1997 a 2006, 18% (dezoito por cento) da arrecadação deste tributo foram desviados via DRU para serem utilizados na rubrica de “restos a pagar”, estes geral e invariavelmente utilizados para pagamento da

¹¹¹ Disponível em: <http://diplo.org.br/2007-11,a2008>. Acesso em 20 out. 2019.

dívida e consequente valorização do capital financeiro majoritariamente internacional (SALVADOR, 2010).

A DRU, concomitantemente à criação da CPMF, foi institucionalizada no Brasil com a denominação de Fundo Social de Emergência (FSE) – posteriormente reeditado como Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) –, o qual foi transformado no ano de 2000 em Desvinculação de Receitas da União (DRU), cujo objetivo era desvincular 20% (vinte por cento) – atualmente são 30% (trinta por cento)¹¹² – das contribuições sociais, impactando as que financiam a seguridade social, para a formação de superávits primários anuais comprovadamente destinados para o pagamento de juros e amortização da dívida pública (SANTOS; FUNCIA, 2019).

Com a extinção da CPMF, em 2007, por pressão da oposição parlamentar¹¹³, o governo à época e o Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB) reiniciaram a discussão sobre a regulamentação da Emenda Constitucional (EC) 29/2000, que assegurava a participação dos três níveis de Governo no financiamento do SUS a partir da definição de um percentual mínimo de recursos por ano¹¹⁴. Afinal, a abolição da estabilizadora CPMF levou à necessidade de se pensar em um instrumento capaz de substituí-la.

A regulamentação exigida por meio da EC 29/2000 através do art. 198, §3º, da Constituição Federal, foi finalmente publicada pela Lei Complementar nº 141, de 13 de

¹¹² Conforme Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016, com a seguinte ementa: “Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/Emendas/Emc/emc93.htm. Acesso em 20 out. 2019.

¹¹³ O Senado Federal brasileiro, na madrugada de 13 de dezembro de 2007, rejeitou a proposta de prorrogação da CPMF (PEC 89/2007) até o exercício financeiro de 2011 por uma diferença de apenas 4 (quatro) votos (o Governo, pró-CPMF, obteve 45 votos e precisaria de 49) sob a justificativa genérica de que a carga tributária no Brasil já era alta demais para suportar mais esse fardo. Tal alegação, além de ser uma inverdade, é incompatível com a atividade legislativa do Senado, pois este, segundo Monteiro (2008), no mesmo período legislativo revalidou a DRU, aprovou o aumento de outros impostos – Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), operações de crédito e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), além de promover cortes na despesa pública. Conferir também em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2007/12/13/sete-horas-de-intenso-debate-para-votar-a-cpmf>. Acesso em 20 out. 2019.

¹¹⁴ De acordo com o art. 198, §3º, Inc. II, da CF/88: 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:

(...)

§ 3º **Lei complementar**, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

(...)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais (grifo nosso).

janeiro de 2012¹¹⁵, que consolidou os investimentos em saúde pela União, estados, Distrito Federal e municípios. Os estados continuaram obrigados a investir, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos, enquanto os municípios, 15% (quinze por cento); já o Distrito Federal investiria de 12 a 15% (doze a quinze por cento), conforme a classificação da fonte da receita em estadual ou distrital¹¹⁶.

Segundo Funcia (2018), os impactos da aprovação da Lei Complementar que regulamenta o percentual de investimento de cada ente público nas Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) apresentam um balanço contraditório. Se, por um lado, a aprovação ratificou normativos da Lei Orgânica da Saúde (LOS) formada pelas leis n° 8.080 e n° 8.142, ambas de 1990, por outro lado, não efetivou o investimento de 10% da receita corrente bruta (RCB) pela União, uma demanda do MRSB apresentada por meio de projeto de iniciativa popular com mais de 2 milhões de assinaturas¹¹⁷:

a) de um lado, mais um passo para a redução da instabilidade do financiamento do SUS com (i) a definição ‘do que são e do que não são’ ações e serviços públicos de saúde para computar nos cálculos da aplicação mínima federal, estadual e municipal, com o reforço do papel do planejamento ascendente do SUS previsto inicialmente na Lei n° 8.080/1990, (ii) o estabelecimento do caráter protagonista (porque transformados em unidades orçamentária e gestora) dos fundos de saúde nas gestões orçamentária e financeira da União, dos Estados e dos Municípios e (iii) a definição clara do caráter deliberativo dos conselhos de saúde na condição de proponente e fiscalizador das políticas e ações de saúde (inclusive nos aspectos econômico-financeiros conforme previsto originalmente pela Lei n° 8.142/1990, que estabeleceu as conferências de saúde e os conselhos de saúde como instâncias máximas de deliberação do SUS constituídas com a representação dos usuários, trabalhadores e gestores do SUS), desde a fase de planejamento até a prestação de contas pelos gestores por meio dos relatórios trimestrais e anual de gestão (cujos conteúdos básicos também foram definidos nessa lei); **mas, b) de outro lado, restringiu o ‘tamanho’ do citado passo rumo à redução da instabilidade do financiamento do SUS, em função da exclusão do**

¹¹⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso em 20 out. 2019.

¹¹⁶ Uma observação importante é que a Lei Complementar 141/2012 que regulamentou a EC 29 não prevê punição para os entes federativos que não cumprirem os investimentos estipulados.

¹¹⁷ Por iniciativa do CNS, juntamente com os respectivos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, entidades representativas de variados segmentos da sociedade civil e movimentos sociais e populares do campo sanitário, foi articulado o “Movimento Saúde+10” com o objetivo de aprovar via processo legislativo uma aplicação mínima federal em ações e serviços públicos de saúde de 10% das Receitas Correntes Brutas (RCB), já que esta demanda havia sido excluída da Lei Complementar 141, de 2012. Sendo assim, entre 2013 e 2015, os ativistas do “Saúde+10” participaram de várias atividades de mobilização com prefeitos, governadores e parlamentares com o intuito de aprovar o PLP 321, de 2013, que abarcava esse “pisão” federal para o SUS. O resultado se mostrou infrutífero, sendo que o Congresso promulgou a Emenda Constitucional (EC) n° 86, de 2015, que agravou o processo de subfinanciamento crônico do SUS ao delimitar um investimento de 15% da receita corrente líquida (RCL) pela União (SANTOS; FUNCIA, 2019).

dispositivo que redefinia a regra da aplicação mínima federal como sendo 10% das receitas correntes brutas, de modo a manter praticamente inalterada as formas de cálculo dos ‘pisos’ federal, estadual e municipal conforme estabelecidas pela EC 29/2000 (FUNCIA, 2018, p. 94-95, grifo nosso).

Sobre o financiamento do SUS na especificidade da análise de suas fontes – apresentando como parâmetro o Fundo Nacional de Saúde (FNS) administrado pelo Ministério da Saúde (MS) –, podemos destacar que a maioria dos recursos é proveniente de contribuições sociais, aumentando de 66,2% (sessenta e seis vírgula dois por cento) do total das fontes, no ano de 1996, para consideráveis 89,8% (oitenta e nove vírgula oito por cento) no ano de 2015, sendo que o maior índice foi atingido no ano de 2013, quando chegou a incríveis 94,6% (noventa e quatro vírgula seis por cento). As principais contribuições sociais no financiamento da política pública de saúde no Brasil são a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), a Contribuição sobre o Lucro Líquido de Empresas (CSLL) e, enquanto esteve em vigor, a Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF). Essas três contribuições sociais, como já mencionamos, foram responsáveis na década compreendida entre 1997 e 2007 por 70% (setenta por cento) do orçamento do SUS (MARQUES, 2017).

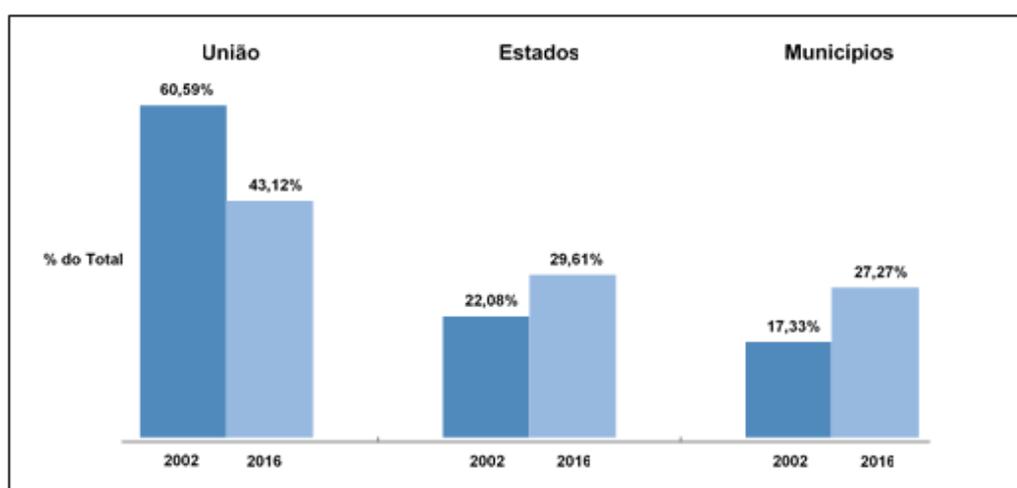
Sobre a participação dos entes públicos no financiamento da política de saúde, observa-se a influência da aprovação da EC 29/2000 combinada com a Lei Complementar 141/2012, as quais promoveram, dessa forma, a descentralização dos recursos investidos via União e o consequente aumento de participação dos estados e, principalmente, dos municípios no total do gasto público em saúde.

Segundo Mendes e Funcia (2016), em 1980, portanto, bem antes da constitucionalização do SUS, a União financiava 75% (setenta e cinco por cento) dos recursos em saúde; uma década depois (1990), sua participação no financiamento do incipiente SUS se manteve estável em 74,4% (setenta e quatro vírgula quatro por cento) do total, sendo que os estados participavam com 13,5% (treze e meio por cento) e os municípios com 12,1% (doze vírgula um por cento). Na década seguinte, quando da aprovação da EC 29/2000, a participação da União decresceu para 59,98% (cinquenta e nove vírgula noventa e oito por cento) do total, enquanto a dos estados aumentou para 18,5% (dezoito e meio por cento) e a dos municípios para 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento). Com a consolidação da regulamentação da EC 29 por meio da Lei Complementar nº 141, a participação do governo federal no financiamento do SUS

diminuiu para 43,2% (quarenta e três vírgula dois por cento) no ano de 2015. Já no período abrangido entre 2000 e 2015, assinala-se o significativo crescimento da participação dos estados de 18,5% (dezoito e meio por cento) para 25,9% (vinte e cinco vírgula nove por cento), enquanto a participação dos municípios elevou-se de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) para 30,9% (trinta vírgula nove por cento) (MARQUES, 2017).

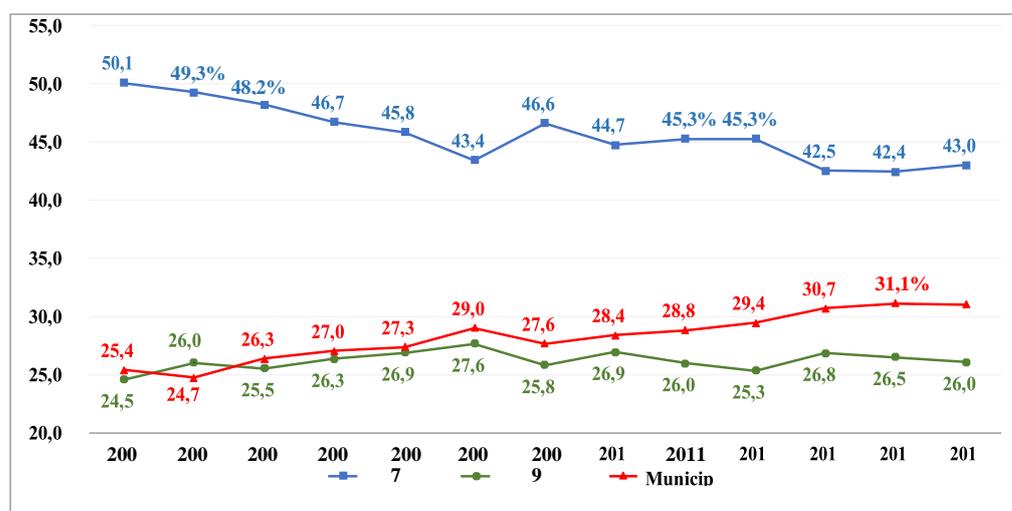
O Gráfico 3, o Gráfico 4 e a Figura 3 abaixo atualizam a mudança estrutural do financiamento federativo e o respectivo investimento de cada ente na política pública de saúde, reflexo da aprovação da EC 29/2000 e da LC 141/2012.

Gráfico 3 - Financiamento Federativo: mudança estrutural



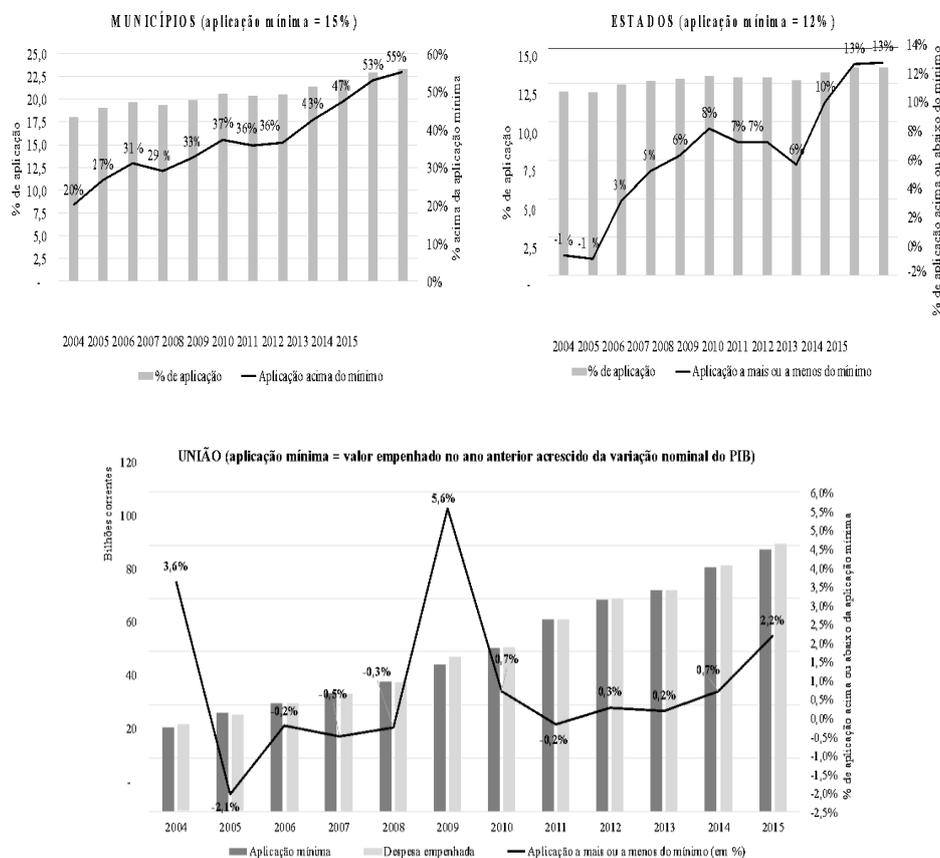
Fonte: BSPN e Siga Brasil. Elaboração própria a partir de Afonso (2017).

Gráfico 4 - Composição do gasto público com saúde por esfera de governo 2003-2015, % do total



Fonte: Ministério da Saúde e SIOPS. Elaboração: Vieira; Benevides (2016) em Nota Técnica do IPEA (2016). Reprodução.

Figura 3 - Aplicação de Recursos em Ações e Serviços de Políticas de Saúde – ASPS pelos entes da Federação



Fonte: Siga Brasil. Elaboração: Vieira; Benevides (2016). Reprodução.

Segundo Mendes e Funcia (2016), apesar do avanço representado pelo aumento da participação dos entes no financiamento da saúde incentivados pela vigência da EC 29/2000 e da LC 141/2012, o investimento poderia ser ainda maior caso os estados e a União tivessem aplicados recursos legalmente adequados:

(...) o volume de recursos poderia ter sido mais elevado se o governo federal e os Estados tivessem cumprido a EC/29 de maneira plena, sem utilizar de diferentes mecanismos que reduziram a alocação de recursos decorrente de interpretações no mínimo questionáveis sobre critérios estabelecidos pela Emenda. **Diferentemente dos Municípios, cuja aplicação efetiva está muito acima do mínimo de 15% exigido, as esferas nacional e estadual de governo aplicaram muito próximo do parâmetro mínimo constitucional, o que parecia indicar que consideravam esse parâmetro não como um ‘piso’, mas sim um ‘teto’ de aplicação** (MENDES; FUNCIA, 2016, p. 155, grifo nosso).

Destacamos também que o Brasil – de acordo com dados de várias instituições e organismos¹¹⁸ – é o único país do mundo de sistema universal onde os investimentos privados superam os investimentos públicos. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2012) estimam que o investimento total em saúde no Brasil – tanto público quanto privado – é de aproximadamente 8,4% (oito vírgula quatro por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do país, ficando abaixo dos Estados Unidos, que investem 15% (quinze por cento), mas mais próximo dos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) que possuem sistema universal, como Inglaterra (8,4% – oito vírgula quatro por cento), Espanha (8,5% – oito vírgula cinco por cento), Austrália (8,98% – oito vírgula noventa e oito por cento) e Canadá (10,1% – dez vírgula um por cento)¹¹⁹.

O problema de fundo do financiamento da saúde no Brasil é que o investimento público é bem abaixo do privado; enquanto o primeiro está em torno de 45% (quarenta e cinco por cento), o segundo alcança 55%¹²⁰ (cinquenta e cinco por cento), fato absurdamente inédito em país com sistema universal de saúde e que já alcançou a posição de sétima maior economia do mundo¹²¹ (OMS, 2012).

Para agravar essa situação, segundo Ocké-Reis (2018), o gasto tributário em saúde no país, ou seja, a renúncia de arrecadação fiscal, corresponde a um montante bastante significativo. No período entre 2003 e 2015 – no somatório desses 12 anos – o governo subsidiou o setor privado de saúde, por meio do instituto da renúncia de arrecadação de tributos, em algo em torno de R\$ 331,5 bilhões de reais. Um crescimento da renúncia fiscal sanitária de R\$ 6,1 bilhões em 2003 para R\$ 12,5 bilhões em 2015, valor este que poderia ampliar a alocação de recursos financeiros na atenção primária e nos bens e serviços de média e alta complexidade tecnológica.

Segundo Santos e Funcia (2019), o investimento público consolidado pelos entes federativos – União, estados, DF e municípios – está estabilizado em 4% (quatro por cento)

¹¹⁸ Organização Mundial da Saúde (OMS, 2012), Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA, 2013), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012).

¹¹⁹ Esses dados devem ser confrontados atualmente com a situação de crise econômica mundial por que passam esses países, especialmente a Espanha.

¹²⁰ O investimento privado é bancado majoritariamente pelo consumo das famílias, o que é preocupante em uma conjuntura de crise econômica, além de contar com fartas desonerações e isenções fiscais do Estado.

¹²¹ A título de comparação com países de sistema universal de saúde, a Austrália tem investimento público de 67% e a Inglaterra de 87% (OMS, 2012).

do Produto Interno Bruto (PIB)¹²², o que significa a metade do que é investido, por exemplo, no sistema universal de saúde do Reino Unido – em torno de 8% (oito por cento) (OMS, 2019).

2.5 DO SUBFINANCIAMENTO AO DESFINANCIAMENTO INTEGRAL DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: uma análise sobre a emenda constitucional 95/2016, que implantou o teto dos gastos no Brasil

Depois de analisarmos o subfinanciamento crônico da política pública de saúde, desde sua constitucionalização em 1988 até o início da segunda década dos anos 2000, com a vigência da Emenda Constitucional 29/2000 e a Lei Complementar 141/2012, analisaremos as consequências da promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 2016. Esta implantou no Brasil um Novo Regime Fiscal (NRF) baseado no congelamento dos gastos públicos, atingindo de modo especial a política pública de saúde e produzindo o que economistas (FUNCIA, 2019; OCKÉ REIS, 2018) denominam como a era da transição do subfinanciamento para o desfinanciamento do SUS em nosso país.

A Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15 de dezembro de 2016, de iniciativa do executivo federal e tramitada como Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 241 na Câmara dos Deputados e como PEC nº 55 no Senado Federal, foi aprovada em 2016 com a seguinte ementa: “Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências”¹²³.

A EC 95/2016 acrescentou 9 (nove) artigos ao ADCT da Constituição Federal¹²⁴, aprovando um congelamento do investimento público – limitação por meio de um teto de gastos das despesas primárias – que vigorará por vinte exercícios financeiros, isto é, de 2016 a 2036. Tal cenário tem impacto direto nas funções do executivo, legislativo e judiciário, além dos reflexos nos entes subnacionais – estados e municípios, e também em políticas públicas essenciais para o desenvolvimento do país, como saúde e educação.

¹²² Segundo estudo do Tesouro Nacional intitulado Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil, o investimento público em saúde no ano de 2018 foi de 3,8% do PIB. Disponível em: <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>. Acesso em 20 out. 2019.

¹²³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 20 out. 2019.

¹²⁴ De acordo com o art.1º da EC 95/2016: “O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 106,107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114”.

Como relatam Vieira e Benevides (2016), há uma proposta de reforma do Estado por meio da EC 95/2016 ao desfinanciar as estratégicas políticas públicas constitucionalizadas da saúde e educação:

Trata-se, portanto, de uma reforma implícita do Estado: a EC 95 dá corpo ao “Novo Regime Fiscal” (NRF), sem revelar a real intenção de reduzir a participação das despesas primárias em relação ao Produto Interno Bruto (PIB), implicando a redução da participação do Estado em diversas políticas públicas, entre as quais as de saúde e de educação. **Não é por outra razão que a proposta do NRF surge como emenda à constituição, dado que essas duas políticas têm percentuais garantidos de receitas definidos na CF 1988. Ou seja, se a intenção da EC 95 não fosse reduzir a participação das despesas com saúde e educação em proporção do PIB, tal reforma não necessitaria ser inscrita na Constituição** (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 3, grifo nosso).

Funcia (2018) entende que a aprovação da EC 95/2016 serve para lastrear duas diretrizes básicas: a primeira sintetizada pela insígnia “A Constituição não cabe no orçamento”, sob a justificativa de que a concretização das políticas públicas seria a grande culpada pela ocorrência de déficits no orçamento federal devendo-se então reduzir as despesas primárias pelo mecanismo da austeridade fiscal. A segunda – relacionada intrinsecamente com a primeira – seria viabilizar a formação de superávits primários por vinte exercícios financeiros (2016-2036), para o devido pagamento de juros e amortização da dívida pública, sendo que este pagamento não sofreria qualquer limite.

Atualmente, aguardam julgamento no STF sete Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADINs)¹²⁵, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95 por explícita violação aos mandamentos constitucionais, inclusive às suas cláusulas pétreas. A petição inicial acostada na ADI nº 5715, que foi protocolada no STF em 2017, resumiu em um quadro as seguintes violações constitucionais:

Quadro 6 - Violações Constitucionais da EC 95/2016

Constituição Federal	Violação
Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:	Viola limites materiais implícitos ao romper com a identidade constitucional, vocacionada à efetivação de direitos sociais.

¹²⁵ São elas: ADI 5633, ADI 5643, ADI 5655, ADI 5658, ADI 5680, ADI 5715 e ADI 5743.

<p>Art. 60. (...) § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: II - o voto direto, secreto, universal e periódico;</p>	<p>Em tramitação no Senado Federal, não foram respeitadas as regras regimentais relativas à regular discussão da matéria. A Emenda Constitucional retira por cinco legislaturas a plenitude da atuação dos representantes eleitos, uma vez que estarão limitados na definição de temas centrais da gestão financeira da União com reflexo direto em direitos e garantias fundamentais: "Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".</p>
<p>III - a separação dos Poderes;</p>	<p>A Emenda Constitucional, de iniciativa do Poder Executivo, cria limitações ao Poder Judiciário, portador de autonomia financeira: Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: (...) II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;</p>
<p>IV - os direitos e garantias individuais.</p>	<p>A Emenda Constitucional implica em claro retrocesso na aplicação de recursos que importam na garantia de direitos fundamentais como saúde e educação.</p>

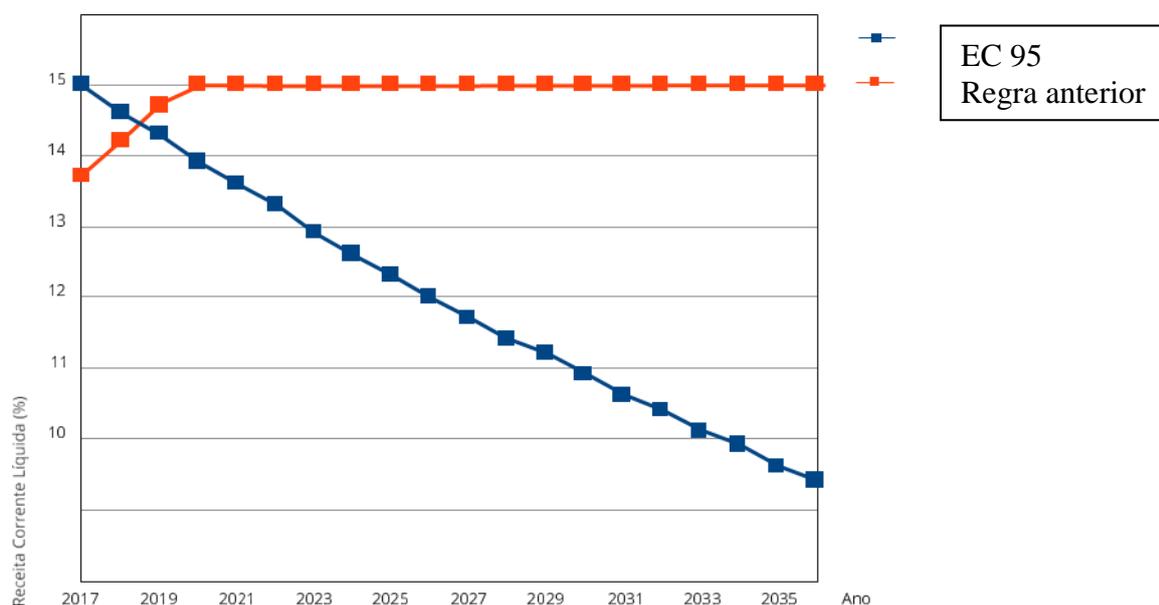
Fonte: ADI 5715. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5203351>. Acesso em 02 de junho de 2019.

A EC 95/2016 estabelece um teto para as despesas primárias do Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que esse teto orçamentário terá sua base fixada no valor das despesas pagas no exercício financeiro de 2016, data que marca o início da sua vigência. Do exercício financeiro do ano de 2016 até o exercício financeiro de 2036, ou seja, durante

um período de 20 anos, o teto estipulado pela EC 95 será corrigido apenas pela inflação – utilizando como referência o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) – do respectivo ano anterior. Dessa maneira, em termos reais, a despesa primária se estagnaria, congelando-se no valor real do seu primeiro ano de vigência (2016). No específico caso do financiamento da saúde, vigoraria o percentual estipulado pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015, equivalente a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida¹²⁶ (VIEIRA; BENEVIDES, 2016; SANTOS; FUNCIA, 2019).

Segundo estimativa de Vieira e Benevides (2016), a EC 95/2016, proposta pelo poder Executivo e aprovada pelo Congresso Nacional, retirará do SUS em torno de R\$ 400 bilhões de reais em 20 anos, caso seja considerado o crescimento anual do Produto Interno Bruto – PIB a 2,0% (dois por cento) e a taxa de variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) em 4,5% (quatro e meio por cento). Sendo que, de acordo com Rossi e Dweck (2016), o piso previsto pela EC 95 “é, na verdade, um piso deslizante” (ROSSI; DWECK, 2016, p. 2), pois, no decorrer do tempo de sua vigência, o valor mínimo destinado à saúde cai em proporção das receitas e do PIB, como constatamos na Figura 4 abaixo:

¹²⁶ Os 15% da receita corrente líquida (RCL) investidos pela União e vigentes desde a aprovação da EC 86/2015 são utilizados como parâmetro para o congelamento de gastos durante os vinte exercícios financeiros propostos. A aprovação da EC 86/2015 foi um retrocesso se comparado com a proposta elencada pelo movimento Saúde + 10 que lutava por uma aplicação pela União de 10% da receita corrente bruta (RCB). Retrocesso pois os 15% da RCL vigentes pela EC 86 equivalem hoje a cerca de R\$ 117,3 bilhões e, caso fossem investidos 10% da RCB, equivaleriam a aproximadamente R\$ 142 bilhões, ou seja, um acréscimo de mais de R\$ 20 bilhões. Sem contar que a participação das transferências do SUS pela União vem caindo ano a ano: de 4,3% da receita líquida em 2010 para 2,5% em 2019. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/352657/RRSfev2019.pdf>. Acesso em 20 out. 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SAUDE/498269-RELATORA-PROPOE-PISO-PARA-SAUDE-EM-19,4-DA-RECEITA-CORRENTE-LIQUIDA-EM-SEIS-ANOS.html>. Acesso em 20 out. 2019.

Figura 4 - Piso deslizante da EC 95

Fonte: Rossi e Dweck (2016). Reprodução.

O mínimo de investimento na saúde seria de 12% (doze por cento) da Receita Corrente Líquida dez anos depois da aprovação da EC 95/2016, ou seja, em 2026, e de 9,4% (nove vírgula quatro por cento) no último exercício financeiro de 2036. Índices bem abaixo, portanto, dos 15% (quinze por cento) estipulados pela EC 86/2015, que serviria de parâmetro para o escalonamento da EC 95/2016.

Seguindo esse mesmo entendimento, Santos e Funcia (2019) afirmam que a correção baseada somente no índice de inflação fatalmente não corresponderá a aumento de recursos, pelo contrário, resultará em decréscimo cumulativo em relação à realidade do mercado de saúde com suas infinitas demandas sanitárias não atendidas pelo SUS. Os autores concordam, dessa forma, com a tese de Rossi e Dweck (2016) acerca do “piso deslizante”.

Santos e Funcia (2019) citam, ainda, a respeito da austeridade anunciada: “No ano de 2018, o valor percentual sobre a RCL foi de 13,9% (treze vírgula nove por cento), diminuindo em R\$ 4,2 bilhões (cálculo matemático) seu valor real em relação aos 15% (quinze por cento) da RCL. Somando a perda de 2018 com a de 2019, são R\$ 9,7 bilhões

retirados da saúde em dois anos”¹²⁷. Os dados trazidos pelos autores do estudo são apresentados na Tabela 6 abaixo:

Tabela 6 - EC 95 x EC 86 (15% RCL): impacto financeiro (valores em bilhões)

2018 R\$ 112.361 (EC 95) contra R\$ 120.802 (15% RCL)

2019 R\$ 117.293 (EC 95) contra R\$ 127.005 (15% RCL)

Fonte: Santos; Funcia (2019). Elaboração própria.

Por seu turno, Pinto (2018) compreende que a EC 95/2016, implementadora de um Novo Regime Fiscal (NRF), trata-se, na verdade, de uma repetição – em maior ou menor grau – da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)¹²⁸, pois obriga obediência ao teto de despesas primárias, incluindo aqui as despesas obrigatórias e excluindo as despesas financeiras. A EC/95 traria uma inovação, no entanto, no que diz respeito ao período de duas décadas de obrigação do congelamento dos gastos, “ao invés da meta de resultado primário orientadora dos contingenciamentos de despesas discricionárias, prática de política econômica adotada há décadas pelos diferentes governos da União” (PINTO, 2018, p. 992). Nesse sentido, a EC 95 também pode ser classificada como um dos elementos da crise do presidencialismo de coalizão por interferir (in)diretamente nas próximas legislaturas.

Pinto (2018), que denomina a EC 95/2016 de “Emenda (In)Constitucional”, assinala o impacto orçamentário da medida no financiamento da política pública de saúde no Brasil – Ações e Serviços de Políticas de Saúde (ASPS) – ao comparar a ausência de eficácia do art. 55 do ADCT da Constituição, que estipulou em vão um investimento de 30% (trinta por cento) do Orçamento da Seguridade Social (OSS) em saúde que, desde 1988, nunca foi aplicado e, atualmente, a aprovação do art. 110 do ADCT – implementado pela EC 95/2016, que congela o gasto em saúde.

Segundo Pinto (2018), caso o art. 55 do ADCT estivesse em vigor, no ano de 2018 teria sido investido em ASPS o montante de R\$ 217 bilhões, correspondentes aos 30% (trinta por cento) do OSS, contra os R\$ 117 bilhões previstos para o ano de 2019,

¹²⁷ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/opinioao-ec-95-fere-nucleo-essencial-direito-saude>. Acesso em 20 out. 2019.

¹²⁸ Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 20 out. 2019.

estipulado pela EC 95/2016. Ou seja, uma perda de investimento na casa dos R\$ 100 bilhões, um dado que sintetiza a alteração do patamar de subfinanciamento para a situação de desfinanciamento da política pública de saúde no Brasil.

Pinto (2018) destaca que a norma constitucional do Inc. I do § 2º do art. 198¹²⁹ não foi alterada ou revogada, portanto, segue vigente, porém sem produzir efeitos jurídicos e, conseqüentemente, perdendo sua eficácia até o último exercício financeiro de vigência da EC/95 em 2036. Cenário esse que conduz a uma diminuição da porcentagem de investimento mínimo estipulada pela Constituição, explicitando uma verdadeira “crise desconstituente” (PAIXÃO, 2018) em que os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) estão submersos em um denominado “estado de sítio fiscal” (PINTO; BIASOTO JUNIOR, 2016).

Albert (2018) classifica o fenômeno da aprovação de Emendas Constitucionais contrárias aos direitos sociais pelo Congresso Nacional, tais como a EC 95/2016, como desmembramento constitucional, processo pelo qual, por meio do poder de reforma constitucional, as instituições políticas alteram significativamente a identidade originária de uma Constituição, produzindo alterações radicais em sua natureza normativa. Conforme explicita o autor mencionado:

Algumas emendas constitucionais não são emendas, em absoluto. Elas são esforços autoconscientes para repudiar as características essenciais da Constituição e destruir suas fundações. **Elas desmantelam as estruturas básicas da Constituição enquanto, ao mesmo tempo, fundam uma nova baseada em princípios contrários aos da antiga.** Essas mudanças constitucionais geram conseqüências para todo o direito e sociedade (ALBERT, 2018, p. 3, grifo nosso).

Constatamos que a política pública de saúde brasileira foi mantida desde sempre em uma condição de subfinanciamento crônico e, atualmente, com a vigência da EC 95/2016, declinou para uma fase de desfinanciamento contínuo, ratificando, dessa forma, o “descompromisso com os direitos de cidadania combinado com o desmonte do SUS

¹²⁹ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
(...)

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

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015\)](#).

evidenciado em aspectos recentes da política de saúde e da execução orçamentária e financeira do Ministério da Saúde” (FUNCIA, 2018, p. 96). Tal cenário coloca em risco as tarefas do Sistema de Saúde para os desafios do futuro, como as mudanças no quadro demográfico e epidemiológico, o aumento das arboviroses, o advento das inovações tecnológicas e a melhor distribuição de recursos no quadro sanitário para a população demandante.

Frente a essa condição de desfinanciamento crônico do direito constitucional à saúde, esvazia-se, conseqüentemente, a proposta elaborada pelo ministro Celso de Mello no balizador julgamento da ADPF 45 (citada no capítulo inicial e neste) quando enunciou-se um binômio como requisito de solicitação judicial visando cumprimento do direito à saúde composto por: a) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e b) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Dessa forma, o binômio sugerido pela ADPF 45 – razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado – perde eficácia pela continuidade do projeto de desmonte do financiamento do SUS mediante proposições de desfinanciamento contínuo, anulando, assim, a disponibilidade financeira do Estado especificamente para atender a rubrica sanitária.

Essa desconstrução orçamentária constitucional que atinge constantemente o financiamento da política pública de saúde no Brasil inviabiliza a consolidação dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS, forçando uma aplicação enviesada do princípio da reserva do financeiramente possível – enviesada pois construída à base de um desfinanciamento crônico do sistema, como constatamos com as iniciativas aqui comentadas. Como resultado desse processo, temos, como veremos no próximo capítulo, somente a efetivação de um mínimo existencial de saúde pública para a população, sistematizado por todo um arcabouço de retrocessos sócio-sanitários que inviabilizam a universalidade, integralidade e equidade do direito constitucional à saúde no Brasil, este sob o risco de ser, em função disso, desmantelado por completo.

Por fim, em relação ao retrocesso representado pela aderência ao princípio da reserva do possível, concretizado pela efetivação de um desfinanciamento crônico da política pública de saúde, discutiremos no último capítulo desta tese sobre alternativas jurídico-políticas e jurídico-econômicas para que o SUS Constitucional tenha de fato um orçamento digno e condizente com seus objetivos, diretrizes e princípios de universalidade e equidade, que norteiam a base estrutural dessa política pública no Brasil. Isso para que

possamos também ousar discutir não somente como o direito à saúde está constituído em nosso ordenamento normativo, mas, principalmente, como ele deveria ser efetivado de acordo com o sentido democrático-constitucional.

Por sua vez, constataremos no próximo capítulo que a aplicação de um mínimo existencial à saúde – devido à situação de reserva do financeiramente possível – seria a consolidação de um projeto de retrocesso sócio-sanitário que visa o desmonte do SUS Constitucional. Isso porque a efetivação de um mínimo existencial atinge o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, formado pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade, restringindo o alcance de sua cobertura e comprometendo a viabilidade de efetivação do direito à saúde.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: da concepção universal à concepção restrita de saúde pública

Neste capítulo sistematizaremos nossa análise sobre um dos principais argumentos no debate sobre o direito à saúde no Brasil, o mínimo existencial. Como comentamos nos capítulos anteriores, o mínimo existencial cumpre um papel importante na judicialização da saúde, por ser hermeneuticamente utilizado para uma aplicação restrita da política de saúde inerente à noção de atenção básica e de cobertura focalizada. Tal concepção ao mesmo tempo em que se mostra essencial para a manutenção sanitária dos hipossuficientes, peca ao impor limites ao caráter universal da política pública de saúde.

Como atestamos no capítulo anterior, frente à agudização do subfinanciamento da política pública de saúde no Brasil, fenômeno denominado de desfinanciamento por alguns autores (MENDES; FUNCIA, 2018; SANTOS; FUNCIA, 2019), o contexto de consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) resta prejudicado, uma vez que manifesta um afastamento do normativamente apregoado pelo texto constitucional. Tal cenário nos remete à questão que guiará o debate deste capítulo: diante da radicalização do subfinanciamento do SUS, devemos cumprir apenas com o que for classificado como mínimo existencial à saúde? Ou, ainda, em outras palavras: diante da diminuição do montante de recursos financeiros para a rubrica sanitária, devemos apenas atender aos que necessitam de uma saúde básica (BARCELLOS, 2008), em respeito ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana e ao direito inalienável à vida?

Além disso, compete-nos perguntar o seguinte: ao defendermos o cumprimento constitucional do mínimo existencial ao direito à saúde, estaríamos comprometendo os objetivos, princípios e diretrizes do SUS baseados na universalidade, integralidade e equidade? E, ainda, na dinâmica da construção argumentativa deste capítulo, o que seria classificado como mínimo existencial no âmbito do direito constitucional à saúde? O mínimo existencial resumiria a cobertura de saúde a ações e serviços focalizados e restritos?

Para tentar responder a essas indagações, analisaremos o mínimo existencial em seus seguintes desdobramentos: sua natureza jurídica, seu conceito jurisprudencial de acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), seu conceito doutrinário baseado em autores de referência, bem como se o mínimo existencial poderia ser considerado um retrocesso sanitário em relação ao SUS Constitucional – baseado na Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde. Além disso, demonstraremos um exemplo de aplicação do

mínimo existencial em nosso país exposto pelo advento da Cobertura Universal de Saúde (CUS/UHC), principal antípoda dos sistemas universais de saúde – SUS/UHS –, lastreado pelo discurso do ajuste fiscal perpetrado pela reserva do financeiramente possível.

3.1 A NATUREZA JURÍDICA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: especulando sobre seu valor normativo

Assim como tratou-se no capítulo anterior sobre qual seria a natureza jurídica da reserva do possível, também neste capítulo tentaremos destrinchar qual seria a natureza jurídica do mínimo existencial. De antemão, assim como no caso da reserva do possível, também em relação ao mínimo existencial não há um ponto pacífico sobre a interpretação e aplicação de sua natureza jurídica. O que faremos é tentar sistematizar algumas aproximações a respeito e expor nosso posicionamento ao final desta análise descritiva.

Apresentando como fonte de direito e base argumentativa a doutrina jurídica¹³⁰, tentaremos empreender uma síntese dos principais debates a respeito da natureza jurídica do mínimo existencial. Resumindo, esse debate coloca em discussão as seguintes classificações sobre a natureza jurídica do mínimo: seria uma junção de três vertentes de um direito: direito adscrito, híbrido ou um direito sobre direitos? Seria uma regra a ser aplicada? Ou seria, assim como a reserva do possível, um princípio jurídico? Explanaremos a seguir ponto a ponto, com os respectivos posicionamentos dos autores para, em seguida, também nos posicionarmos a respeito desse tema.

3.1.1 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Três Vertentes de um Direito: direito adscrito, direito híbrido e um direito sobre direitos

Neto (2010) inovou, para além de um debate sobre as clássicas definições de natureza jurídica resumidas em valor, regra ou princípio, ao apresentar a natureza do direito ao mínimo existencial sintetizada em três vertentes conciliadoras: direito adscrito, direito híbrido e direito sobre direitos. Trataremos dessas três vertentes a seguir.

¹³⁰ Neste ponto inicial do debate, nossa base justificativa será a doutrina jurídica, pois o que foi observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, na imensa maioria dos acórdãos estudados, é que a referência se resumia apenas à nomenclatura “mínimo existencial”, sem adentrar em uma classificação de natureza jurídica dessa teoria. Mais a frente, também descreveremos a trajetória do mínimo existencial na jurisprudência do STF, destacando suas principais implicações sobre o direito à saúde na visão dos debates, relatos e votos dos ministros integrantes da Corte.

3.1.1.1. Primeira Vertente: o mínimo existencial como um direito adscrito

Neto (2010) utiliza o termo “direito adscrito” dispondo como referência a expressão “norma adscrita”, empregada por Alexy (2017) em sua obra de maior repercussão “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Segundo o jusfilósofo alemão, as normas de direitos fundamentais podem ser estatuídas diretamente por enunciados da Constituição, porém também há normas de direitos fundamentais que podem ser adscritas aos enunciados jusfundamentais, para além das normas diretamente expressadas, mediante uma fundamentação jusfundamental aplicável ao respectivo caso concreto. Dessarte, Neto (2010) utiliza a expressão “direito adscrito” para referir-se a um direito fundamental decorrente de uma norma jusfundamental adscrita.

Aplicando esse conceito à interpretação sobre o mínimo existencial, Neto (2010) relata que não há – em nenhum tipo de Constituição de nossa conjuntura vigente – uma norma expressa sobre o direito fundamental ao mínimo existencial. Este se fundamenta em três princípios implícitos: dignidade da pessoa humana, igualdade material e solidariedade social. Portanto, o primeiro traço da natureza jurídica do mínimo existencial não repousaria em um direito expreso, mas sim em um direito adscrito a disposições de direitos fundamentais. Como sintetiza Neto (2010):

(...) o direito ao mínimo para uma existência digna é direito adscrito, o que significa dizer que é um direito fundamental autônomo que, pelo fato de não ser diretamente estatuído por uma disposição jusfundamental, nem por isso deixa de contar com a carga de normatividade dos direitos fundamentais (NETO, 2010, p. 168).

O mínimo existencial como natureza jurídica de direito adscrito dialogaria com outras duas vertentes inseridas nesta classificação: o mínimo existencial como direito híbrido e como um direito sobre direitos.

3.1.1.2 Segunda Vertente: o mínimo existencial como um direito híbrido

Para Neto (2010), um segundo aspecto estaria inserido na natureza jurídica do mínimo existencial: a capacidade de ser um direito híbrido, que une em um mesmo direito tanto um qualificativo de viés liberal, quanto um qualificativo de viés social. Ele teria, portanto, uma natureza jurídica de direito liberal-social, ou seja, de direito híbrido.

Em consonância com essa interpretação, os direitos de liberdade podem compreender posições de defesa e de proteção, principalmente aos indivíduos, entendendo defesa como garantia contra investidas do Estado e a proteção como salvaguarda contra ameaças em vários sentidos promovidas por terceiros privados. A defesa e a proteção concebidas sob a ótica de um direito social têm como finalidade principal projetar direitos a prestações materiais, de forma direta e insuflada pela participação estatal.

Dessa forma, direito híbrido seria um *mix* de direitos de liberdade e direitos sociais em várias aplicações de casos concretos, “(...) direitos que postulam, com a mesma relevância, abstenções, prestações normativas e prestações fáticas do Estado (NETO, 2010, p. 171).

Em relação especificamente ao direito ao mínimo existencial, Neto (2010) reflete sobre sua segunda vertente de natureza jurídica, explicitando o que se compreende como um direito híbrido:

O direito ao mínimo para uma existência digna] postula, com a mesma força, em relação aos meios materiais necessários: a) defesa contra investidas do Estado; b) proteção contra ameaças de particulares; c) prestações materiais do Estado. Não há dúvida de que se trata de um direito híbrido, que se distingue dos demais direitos que possam ter a mesma configuração pelo fato de que não há distinção de regimes de eficácia quanto às posições ativas de defesa, proteção ou prestações: todas são aptas, a partir da Constituição, a produzir todos os efeitos que delas se espera, vinculando, também de forma imediata, a função jurisdicional do Estado (NETO, 2010, p. 172).

Essa segunda vertente do mínimo existencial apresentando como natureza a característica de direito híbrido serve para uma atuação hermenêutica flexível, dependendo da conjuntura ora apresentada, inserindo um lastro interpretativo dinâmico para a aplicação constitucional.

3.1.1.3 Terceira Vertente: o mínimo existencial como um direito sobre direitos

Elaborando sua última vertente formadora da natureza jurídica que compõe o mínimo existencial no Brasil, Neto (2010) advoga que o mínimo seria uma espécie de direito sobre direitos.

Sua ideia se baseia na defesa do postulado de que o mínimo existencial não possui conteúdo próprio, distinto e complementar dos demais direitos fundamentais, sua singularidade está no fato de que é um direito à efetivação do mínimo de outros direitos

fundamentais, um direito cuja autonomia encontra lastro suficiente na necessidade da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como complementa Neto (2010):

(...) sua concretização se dá pela efetivação de posições decorrentes de direitos fundamentais que se referem à defesa, à proteção ou à promoção de meios materiais mínimos necessários ao respeito pela dignidade da existência do ser humano. Daí se dizer que se trata de um direito sobre direitos (NETO, 2010, p. 173).

O autor conclui sua afirmação apontando que o mínimo existencial se consolida em sua terceira vertente de natureza jurídica como um direito sobre direitos ao se apresentar como um direito-princípio, pela variedade de postulações jurídicas oferecidas aos cidadãos, situadas no terreno da defesa, proteção ou prestação, além dos deveres inerentes ao poder público. Ainda segundo Neto (2010), o mínimo existencial pode ser qualificado como direito-condição, reserva de eficácia da dignidade da pessoa humana.

3.1.2 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Regra

Ao contrário da classificação anterior, que impõe um viés de certa forma subsidiário para a aplicação do mínimo no campo jurídico, a estrutura normativa do direito ao mínimo existencial, segundo Torres (2009), não apresentaria um caráter abstrato, mas sim concreto, não seria um valor em si, nem mesmo um princípio jurídico, mas simplesmente o conteúdo essencial e núcleo formador dos direitos fundamentais.

Torres (2009) salienta que o mínimo existencial, apesar de ser constituído secundariamente por valores e princípios jurídicos importantes, como constatamos no tópico anterior, deve ser considerado prioritariamente em seu sentido de regramento, ou seja, caracteriza-se como instrumento protagonista no conflito entre normas.

Ricardo Lobo Torres (2009), um dos maiores apologistas e entusiastas da teoria em comento no Brasil, relata que o mínimo existencial deveria ser interpretado como regra jurídica, para o total cumprimento de sua garantia e eficácia, e que jamais poderia ser confundido com valores, pois estes absorvem em sua característica a generalidade e abstração de ideias como as de liberdade, justiça, igualdade e solidariedade. O mínimo existencial seria, assim, um regramento explícito, implicitamente influenciado pelos valores citados.

O mínimo existencial não pode ser considerado um princípio jurídico, ainda na visão de Torres (2009), pois não exibiria as duas principais características dos princípios: a de ser objeto de ponderação e a de possuir validade imediata, *prima facie*¹³¹. Dessa maneira, o mínimo existencial não pode ser ponderado, apresentando validade definitiva, pois seria o lastro fundante dos direitos fundamentais, estes irredutíveis por definição e, portanto, insuscetíveis de sopesamento. Concluindo e reforçando o entendimento anterior, o autor relata que “o mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação” (TORRES, 2009, p. 84).

Também Barcellos (2011), concordando com a tese aventada por Torres, ratifica que o mínimo existencial apresenta caráter de regra jurídica, dessa forma a sua violação teria um aspecto de inconstitucionalidade por agressão ao núcleo duro dos direitos fundamentais sociais.

Da mesma forma, Olsen (2008) classifica o mínimo existencial como regra, não podendo ser anulado no campo da interpretação e aplicação jurídica por nenhum tipo de princípio, pois tal fato poderia admoestar o desenvolvimento da aplicação da estrutura central dos direitos fundamentais. Em sua análise, o mínimo existencial apresentaria natureza jurídica de regra pois se constituiria em “(...) verdadeira muralha, que não poderá ser transposta, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legitimidade do Estado Democrático de Direito” (OLSEN, 2008, p. 333).

Para esses autores, a natureza jurídica do mínimo existencial como regra se torna fundamental na interpretação e aplicação das normas, pois o mínimo existencial seria a essência concretizadora que constituiria a dignidade da pessoa humana. Portanto, em uma conjuntura de restrição e ajuste orçamentário derivados de crise econômica, o mínimo existencial consolidado como norma-regra seria o garantidor do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, consolidando-se como norma sobreposta ao princípio da reserva do financeiramente possível.

¹³¹Dworkin (2010) afirma que os princípios possuem diferentes pesos e podem ser escolhidos em razão de sua maior ou menor importância, a depender do caso concreto em análise. Enquanto Alexy (2017) destaca a lei de ponderação, segundo a qual o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; ou seja, o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso só pode versar sobre a relatividade dos pesos. O mínimo existencial seria uma regra ditada de forma absoluta, sendo o cerne dos direitos fundamentais.

3.1.3 A Natureza Jurídica do Mínimo Existencial como Princípio

Para Oliveira (2008), a natureza jurídica caracterizadora do mínimo existencial seria a de princípio constitucional, princípio este que surge em pleno contexto das transformações por que passou a teoria jurídica pós-Segunda Guerra mundial (pós-1945), com o advento do Estado do Bem-Estar Social e do Constitucionalismo Dirigente e Compromissório (STRECK, 2017), que propugnam, portanto, um governo com compromisso pragmático em efetivar os direitos fundamentais.

A clássica obra de Esser (1961) relata que os princípios constitucionais – formadores da natureza jurídica do mínimo existencial – podem ser denominados de “princípios problemáticos” (ESSER, 1961, p. 62), pois no período histórico da segunda metade do século XX a prioridade da utilização metodológico-interpretativa do princípio ocorre no momento concreto da aplicação do direito, ou seja, deve ser realizada com o fulcro na resolução de problemas inerentes ao campo jurídico.

Para Sarmento (2016), tanto o mínimo existencial quanto a reserva do possível são princípios que devem ser sopesados no momento concreto da aplicação do direito, como relatado acima. Mesmo em se tratando da efetivação do núcleo básico central dos direitos fundamentais, o mínimo existencial não seria uma regra que precisa ser cumprida a todo custo – apesar de sua prioridade –, visto que a sua aplicação deve ser cotejada com a questão da existência de recursos financeiros. Sarmento (2016) esclarece da seguinte forma:

(...) a relevância de uma pretensão sob o prisma jurídico ou moral não tem o condão de revogar a lei econômica da escassez. A escassez é um fato e, se não existirem na sociedade os recursos necessários para a garantia de prestações ligadas ao mínimo existencial, simplesmente não haverá alquimia jurídica que possa contornar o limite, que não é imposto pelo Direito, mas pela própria realidade (...) (SARMENTO, 2016, p. 1672).

Lazari (2015) advoga que o mínimo existencial é um princípio jurídico e que tal classificação não o enfraqueceria no momento de aplicação do direito com a interpretação via sopesamento entre princípios conflitantes. Segundo esse autor, o mínimo é constituído de alta carga valorativa, pois compreendido por características como liberdade e igualdade, e dessa forma apresentaria prioridade sobre os demais.

Sendo assim, segundo Lazari (2015), a equação em um juízo de ponderação deveria demonstrar a prioridade ao princípio do mínimo existencial:

Neste sentido, é inegável a força do ‘mínimo’ num juízo de ponderação, de forma que, uma vez alegado e demonstrado, competirá ao Estado ônus argumentativo maior para seu afastamento. Para que melhor se entenda, se o Mínimo Existencial é representado pelo elemento ‘X’, qualquer coisa que seja alegada pelo Estado deverá representar, pelo menos, ‘X+1’, de forma que, caso seja tão somente ‘X’, êxito haverá para o requerente em seu intento. Trata-se inclusive, de mecanismo desequilibrador de forças para quando o magistrado se encontrar diante de provas de igual valia (LAZARI, 2015, p. 85).

No mesmo caminho, temos a interpretação de Amaral (2001) referindo-se à tentativa de solucionar uma demanda pela via do conflito entre princípios constitucionais. Para esse intento, Amaral (2001) ressalta a importância do controle das escolhas alocativas, destacando a tarefa de elucidar o grau de essencialidade e o grau de excepcionalidade da pretensão, de maneira que quanto mais essencial for a demanda, mais excepcional deverá ser a razão para que não seja atendida. Segundo o autor, caberá ao juiz do caso “(...) ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deverá ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima” (AMARAL, 2001, p. 216).

Ratificando a natureza jurídica do mínimo existencial como princípio constitucional e o critério das escolhas alocativas, Amaral (2001) explica sua teoria nos seguintes termos:

(...) a decisão judicial para o indivíduo deve ser sempre circunstancial, respeitando, assim, a pluralidade de opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade e seu reflexo necessário sobre as concepções que tem sobre suas necessidades e a deficiência na coleta de informações que é inerente ao procedimento judicial. Com decisões para o caso concreto e não para a generalidade dos casos, como se tem visto nas decisões relacionadas à saúde, mantém-se a flexibilidade para o futuro, o que é uma virtude notável no que diz respeito à saúde, onde a evolução dos tratamentos torna o quadro sempre mutante (AMARAL, 2001, p. 217).

Concluindo este ponto sobre a natureza jurídica do mínimo existencial, em nossa compreensão trata-se de um princípio jurídico constitucional, já que ele seria manuseado pelo Poder Judiciário a depender das condições orçamentárias e financeiras inerentes à demanda pretendida, obtendo um melhor resultado na equação das demandas relativas à judicialização da política pública de saúde, apesar de seu caráter restrito ao focar na resolução de demandas sanitárias de piso básico.

3.2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO MÍNIMO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) NO BRASIL: o mínimo existencial judicializado

Assim como fizemos no capítulo anterior, em relação ao princípio da reserva do possível, também faremos uma descrição da origem e desenvolvimento do princípio do mínimo existencial¹³² na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, corte máxima de nosso país.

Os objetivos desta pesquisa na jurisprudência do STF seriam tentar compreender como é realizada a conceituação do mínimo existencial, se há critérios de definição do núcleo básico dos artigos relacionados ao direito à saúde em relação ao mínimo, como se dá a interpretação sobre essa temática no que concerne aos principais argumentos utilizados pelos ministros na judicialização da saúde e quais são seus impactos e desdobramentos de teor prático-efetivo na cultura jurídica do Brasil a partir da visão do STF.

A importância dessa elaboração apresentando como protagonista o STF é justificada, pois, assim como já mencionamos nos capítulos anteriores, trata-se da mais alta corte do país, sendo que suas decisões, em tese, serviriam de parâmetro e baliza para a definição de critérios de julgamentos pelas instâncias inferiores de nosso país (STJ, TRF's, TJ's), obtendo algum grau de ressonância em julgados de variadas características – competência, tipo de matéria, ação, assim como baliza para a elaboração e execução de políticas públicas pelos poderes Legislativo e Executivo.

Igualmente porque tratamos de temáticas estreitamente ligadas à questão constitucional, seja em relação ao princípio ora analisado – mínimo existencial – seja em relação ao que denominamos neste trabalho de SUS Constitucional – artigos da Constituição que sistematizam um regramento sobre o direito à saúde no Brasil desaguando no Sistema Único de Saúde. Portanto, nossa temática encontra-se na seara do Direito Constitucional Sanitário, dessa maneira, inerente à atuação do Pretório Excelso (STF).

A fonte de pesquisa utilizada foi composta pelas principais decisões colegiadas – acórdãos – do STF¹³³ que construíram uma elaboração sobre o princípio do mínimo

¹³² Depois de elucidarmos a natureza jurídica do mínimo existencial, daqui em diante podemos mencioná-lo como “princípio” do mínimo existencial.

¹³³ A maioria das decisões selecionadas foram as definitivas de mérito, sendo abrangidas aquelas proferidas pelo Plenário ou por uma das Turmas do Tribunal, já que o intuito deste trabalho foi extrair um posicionamento do Supremo como órgão colegiado, e não de votos de ministros individualizados. Dessa forma, o filtro principal utilizado para a busca das decisões foram os acórdãos. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?base=baseAcordaos&base=baseRepercussao&>

existencial e o direito à saúde no Brasil. O método adotado foi a leitura e o fichamento dos julgados aqui citados. Só citaremos decisão monocrática se esta representou significativa relevância nas decisões posteriores sobre o tema, como a ADPF 45/DF. Priorizamos decisões colegiadas, uma vez que nosso intento foi expor um entendimento de conjunto da Corte.

Basicamente, o intuito de estudarmos a interpretação fornecida pelo STF sobre o complexo tema do mínimo existencial fundou-se na tentativa de compreendermos a seguinte questão geral: como o princípio do mínimo existencial é utilizado na jurisprudência do STF? As especificidades dessa questão central são subdivididas da seguinte forma: a) qual seria a natureza jurídica do mínimo existencial para o STF? b) Em quais hipóteses ele seria aplicado em relação às demandas de saúde? c) qual sua relação com o princípio da reserva do possível? d) qual seria a interpretação do conteúdo mínimo de proteção do direito à saúde no Brasil?

Passando à pesquisa em si, no sítio eletrônico do STF¹³⁴, na seção “Jurisprudência > pesquisa > pesquisa de jurisprudência”, utilizamos primeiramente o descritor de maior alcance, “mínimo existencial”, que retornou um resultado de 24 (vinte e quatro) acórdãos entre os anos de 2005 a 2018. Logo após, utilizando o descritor de maior especificidade e de principal importância a esta pesquisa, “mínimo existencial saúde”, obteve-se o retorno de 14 (quatorze) acórdãos, estes relativos ao período de 2008 a 2017. É com base nesses acórdãos que tentaremos destrinchar essa questão.

Silva (2016) relata a trajetória do mínimo existencial na jurisprudência do STF, destacando que essa tese surgiu na Suprema Corte na paradigmática e já bem analisada neste trabalho ADPF 45/DF, de 2004¹³⁵ – decisão monocrática que contou com voto de relatoria do ministro Celso de Mello. Já a primeira decisão colegiada da Corte aconteceu no ano seguinte, em 2005, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AG REG RE 410.175/SP pela Segunda Turma, que também contou com relatoria do ministro Celso de Mello. No âmbito do plenário do Supremo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3.768/DF foi discutida no ano de 2007, apresentando como

[base=baseSumulasVinculantes&base=baseSumulas&base=basePresidencia&url=&txtPesquisaLivre=m%C3%ADnimo%20existencial%20sa%C3%BAde](#). Acesso em 20 out. 2019.

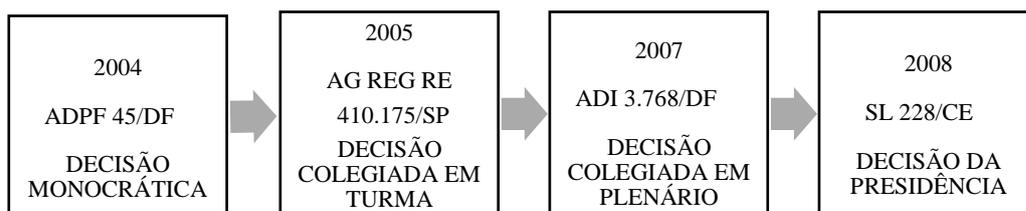
¹³⁴ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 20 out. 2019.

¹³⁵ A importância da ADPF 45 para os assuntos discutidos nesta tese pode ser constatada tanto no primeiro capítulo, quando descrevemos a terceira fase de decisões do STF denominada Teoria dos Custos dos Direitos, em que se observa pela primeira vez o debate entre mínimo existencial x reserva do possível; quanto no segundo capítulo, quando relatamos sua importante contribuição para o debate conceitual sobre a reserva do financeiramente possível.

relatora a ministra Carmen Lúcia. E, por fim, em sede de decisão da Presidência, ocorreu o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada – STA 241/RJ, no ano de 2008, ocasião em que o ministro Gilmar Mendes se pronunciou a respeito do mínimo existencial.

Dessa forma, o quadro de evolução do princípio do mínimo existencial na jurisprudência do STF se deu da seguinte forma:

Quadro 7 - Linha do tempo – Mínimo Existencial na Jurisprudência do STF



Fonte: Silva (2016).

Iniciando nossa análise pela ADPF 45/DF, veremos, como já relatado neste trabalho, que essa decisão monocrática é de fundamental importância também em relação ao princípio do mínimo existencial¹³⁶, sendo o primeiro julgamento a respeito do tema no STF, o qual apresentou relação direta com o direito à saúde, tal qual mencionamos no capítulo anterior sobre o princípio da reserva do possível. Ou seja, já podemos fixar que a decisão mais importante, por isso paradigmática, a respeito dos objetos de estudo desta tese acadêmica é, sem sombra de dúvida, a ADPF 45/DF, julgada em 2004 e com voto de relatoria do ministro Celso de Mello¹³⁷.

Inicialmente, já na ementa da ADPF 45/DF, observa-se a “necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”, conforme o que segue:

¹³⁶ A influência da ADPF 45 no debate em torno do princípio do mínimo existencial está relatada em dezenas de decisões do Supremo, como podemos constatar em: AG REG RE 410.715/SP; AG REG STA 223/PE; AG REG SL 47/PE; AG REG RE AGR 639.337/SP; AG REG RE 642.536/AM; AG REG RE 763.667/CE; AG REG RE 581.352/AM; EMB DECL AI 598.212/PR; AG REG RE AGR 727.864/PR e AG REG RE AGR 745.745/MG.

¹³⁷ O irônico é que esta decisão tão importante para nossa temática é uma decisão monocrática de arquivamento em que a ação foi julgada prejudicada devido à perda superveniente de seu objeto. A ADPF 45/DF não está contida nem mesmo no acompanhamento processual no sítio eletrônico do STF, tendo sido transcrita apenas como mero Informativo de Jurisprudência nº 345 (2004) do Supremo, delimitado pelo assunto: Políticas Públicas – Intervenção Judicial – Reserva do Possível. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)). Acesso em 20 out. 2019.

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". **NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL"**. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO) (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Na visão do ministro relator Celso de Mello, citando a jurista Ana Paula de Barcellos, há um escalonamento hierárquico na interpretação da efetivação do direito à saúde frente à conjuntura de restrição orçamentária que tratava a ADPF 45. Dessa forma, antes de aplicar um tipo de ajuste fiscal baseado no princípio da reserva do possível, devia-se atentar para o cumprimento do núcleo mínimo subsumido nos direitos fundamentais sociais emanados pela Constituição da República, no caso em julgamento, respeitar-se-ia o mínimo existencial ao direito constitucional à saúde, conforme excerto da decisão em destaque:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – **criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.**

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

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, pp. 245-246, 2002, Renovar):

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é **exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.**

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, **condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos.** Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível” (STF-ADPF:45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004, grifo nosso).

Portanto, dessa decisão paradigmática proferida em voto pelo relator ministro Celso de Mello concluiu-se que o princípio do mínimo existencial estaria hierarquicamente em um patamar superior se sopesado com o princípio da reserva do possível. Voltamos a repetir que essa decisão monocrática se tornou paradigmática pela capacidade de influência em outros futuros julgados proferidos pelo colegiado do Supremo.

De acordo com a tabela abaixo, de 12 (doze) dos principais acórdãos que tratam sobre o mínimo existencial, 9 (nove) se referem expressamente à decisão monocrática da ADPF 45/DF, relatada pelo ministro Celso de Mello.

Tabela 7 - Influência da ADPF 45/DF nos acórdãos sobre o mínimo existencial

Acórdão	Influência – ADPF 45
AG REG RE 410.715/SP	ADPF 45/DF
AG REG STA 223/PE	ADPF 45/DF
AG REG SL 47/PE	ADPF 45/DF
AG REG RE AGR 639.337/SP	ADPF 45/DF
AG REG RE 642.536/AM	AG REG SL 47/PE
AG REG RE 763.667/CE	ADPF 45/DF
AG REG RE 581.352/AM	ADPF 45/DF
EMB DECL AI 598.212/PR	ADPF 45/DF
AG REG RE 658.171/RN	AG REG RE AGR

	639.337/SP
AG REG RE AGR 727.864/PR	ADPF 45/DF
AG REG RE AGR 745.745/MG	ADPF 45/DF
RE 581.488/RS	AG REG RE AGR 639.337/SP

Fonte: elaboração a partir dos estudos de Silva (2016).

Essa influência paradigmática da ADPF 45, que se externalizou com o protagonismo do princípio do mínimo existencial frente ao princípio da reserva do financeiramente possível, ficou evidente durante os anos de 2008 a 2014, com a publicação de ementas de acórdãos relacionados ao tema em que se constata a seguinte frase que se tornou uma espécie de mantra dessa linha de pensamento jurisprudencial presente na Corte Suprema: “A questão da reserva do possível: **reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial**¹³⁸” (grifo nosso).

Sobre um conceito específico em relação à compreensão do princípio do mínimo existencial na visão do STF, a começar pelo que se extraiu da decisão via ADPF 45/DF, podemos depreender que o mínimo seria, portanto, um núcleo consubstanciador do princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁹, um mínimo acesso aos serviços e políticas públicas para a mínima efetivação de um direito social pelo cidadão demandante, em respeito às normas de nossa Constituição Federal.

O mesmo ministro relator da ADPF 45 – Celso de Mello – desenvolveu melhor o conceito do mínimo existencial no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – AG REG/RE AG 639.337/SP¹⁴⁰, julgado em 23/08/2011, que tratava de discutir a obrigação do município de São Paulo em matricular crianças em unidades de ensino infantil –

¹³⁸ Tal linha de decisão está presente nos seguintes acórdãos, em ordem cronológica de acordo com as respectivas datas de julgamento: STA 223 AgR/PE – 14/04/2008; RE 581352 AgR/AM – 29/10/2013; ARE 727864 AgR/PR – 04/11/2014; ARE 745745 AgR/MG – 02/12/2014.

¹³⁹ O princípio da dignidade da pessoa humana, lastro maior de justificação do mínimo existencial, está delimitado em nossa Constituição logo no Título I – Dos Princípios Fundamentais, sendo um fundamento da República Federativa do Brasil:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

(...)

III - a dignidade da pessoa humana” (grifo nosso).

¹⁴⁰ Agravo Regimento no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.337 – São Paulo, publicado na Coordenadoria de Análise de Jurisprudência do STF em 15/09/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em 20 out. 2019.

atendimento em creche e em pré-escola – próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais¹⁴¹. Na ocasião, o Ministro relator se pronunciou a respeito do conceito do mínimo existencial utilizando como referências a Constituição Federal e a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de **determinados** preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), **compreende** um complexo de prerrogativas **cuja concretização** revela-se **capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar**, à pessoa, **acesso efetivo ao direito geral de liberdade e**, também, **a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras** da plena fruição de direitos sociais básicos, **tais como o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, **o direito** à assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação **e o direito** à segurança.

Orienta-se, nesse mesmo sentido, **a própria** Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, **promulgada**, em Paris, em 10/12/1948, pela **Terceira Assembleia Geral** das Nações Unidas, **cujo Artigo XXV** assim proclama:

“1. **Todo homem tem direito** a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, **inclusive** alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade **e a infância** têm direito a cuidados e assistência especiais. **Todas** as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social” (STF-AGREG/REAG 639.337/SP, Relator Min. Celso de Mello, j. 23/08/2011; DJ 14/09/2011, grifos e destaques do original).

Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 3768-4/DF, julgado em 19/09/2007, que discutia o direito à gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos idosos maiores de 65 anos¹⁴², o voto da relatora ministra Cármen Lúcia

¹⁴¹ Apesar de não tratar diretamente do direito à saúde, o AG REG RE AG 639.337/SP está incluso no que definimos de determinantes e condicionantes da saúde, conforme especificado pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde – LOS – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990:

“Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em 20 out. 2019.

¹⁴² Apesar de não tratar diretamente do direito à saúde, a ADI 3768-4/DF está inclusa no que definimos de determinantes e condicionantes da saúde, conforme especificado pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde – LOS – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, citado na íntegra na nota 140.

também tenta definir um conceito sobre o mínimo existencial, conforme evidencia o excerto a seguir:

(...) **a garantia do mínimo existencial**, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “**o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente**, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais (...) que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), **de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação**, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado” (STF – ADI 3768-4-DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 19/09/2007, Tribunal Pleno, DJ 26/10/2019, grifo nosso).

Julgamento recente no Recurso Extraordinário – RE 835558/SP (Tema 648 – Competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais transnacionais)¹⁴³, julgado em 09/02/2017, apresentou logo em sua ementa definição concisa sobre o princípio do mínimo existencial, nos seguintes termos:

E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo, graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que **o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial**, locução que identifica **o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade**. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade” (STF – RE 835558/SP, Min. Relator: Luiz Fux, j. 09/02/2017 DJ 08/08/2017, grifo nosso).

Voltando aos julgamentos que tratam diretamente sobre o direito à saúde, examinamos o inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário – RE 581.488/RS, julgado em 03/12/2015, que discute em ação civil pública o acesso de paciente à internação pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes¹⁴⁴. Discussão que originou o Tema 579 de Repercussão Geral nos seguintes termos: “É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de

¹⁴³ Apesar de não tratar diretamente do direito à saúde, o RE 835558/SP (Tema 648 – Competência da Justiça Federal para processar e julgar crimes ambientais transnacionais) está incluso no que definimos de determinantes e condicionantes da saúde, conforme especificado pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei Orgânica da Saúde – LOS – Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, citado na íntegra na nota 140.

¹⁴⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309088057&ext=.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes”.

Apesar do princípio do mínimo existencial ter sido citado de forma genérica pelo ministro relator do caso, Dias Toffoli, foi o voto do ministro Teori Zavascki que tentou empreender uma conceituação sobre o princípio ora analisado que, em sua visão, deveria ser prestado ao demandante por intermédio do Estado em dois sentidos:

Mas há, igualmente, o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de **mínimo existencial**. **Considera-se mínimo existencial**, para esse efeito, **o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário** (STF – RE: 581488 RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20/08/2012, DJ 12/09/2012. Voto Min. Teori Zavascki, grifo nosso).

Ou seja, o mínimo existencial, para o ministro Zavascki, seria uma prestação estatal normativamente identificada e que deveria ser prestada por meio de uma política pública inserida pela Constituição Federal, sendo que, cabe salientar aqui devido à sua importância para esta análise, deveria o Estado agir prontamente quando se referisse a ações e serviços de saúde, pois estas determinam o acesso de maneira universal e igualitária.

Dessa forma, analisando as principais decisões jurisprudenciais do STF, podemos concluir que a conceituação do princípio do mínimo existencial, apesar de apresentar uma amplitude argumentativa genérica e abstrata, é reconhecida pela corte como inserida de maneira implícita na Constituição Federal de 1988, sendo parâmetro de observância obrigatória pelo Poder Público.

Como podemos constatar, o mínimo existencial, sempre na visão do STF, é considerado uma decorrência direta do supraprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, inc. III, da Carta Constitucional. Ou seja, o mínimo existencial deve ser observado na efetivação de todos os direitos fundamentais, sejam estes individuais, sociais ou coletivos (difusos), tal qual hermenêutica utilizada para definição e aplicação do direito fundamental e constitucional à saúde.

Segundo Silva (2016, p. 60), o mínimo existencial interpretado pelo STF “corresponde a um conjunto de condições essenciais para que o indivíduo tenha garantida não só a sua sobrevivência física (mínimo vital), mas a sua liberdade, no sentido de autodeterminação política, social e individual”.

Todavia, veremos ao final deste capítulo que em relação especificamente ao direito à política pública de saúde e suas devidas consequências jurídico-políticas, essa interpretação que parece à primeira vista positiva e benevolente por parte dos ministros do STF pode sinalizar um retrocesso sanitário em relação ao que foi instituído pelos normativos do SUS. Principalmente se tomarmos em conta seus objetivos, princípios e diretrizes, tão bem sintetizados pela universalidade, integralidade e equidade. Antes, contudo, veremos o que pensa a doutrina jurídica a respeito do princípio do mínimo existencial.

3.3 DO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL: a construção do conceito na doutrina jurídica

O mínimo existencial – também conhecido como “conteúdo mínimo”, “mínimo vital”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais – surgiu da cultura jurídica alemã na segunda metade do século XX. No país germânico este conceito é desenvolvido e ratificado não só no âmbito jurídico, mas também no legislativo e administrativo, tornando-se uma referência na solução de litígios e influenciando o direito comparado (BARCELLOS, 2012; TORRES, 2009).

As teses doutrinárias sobre o mínimo existencial foram criadas na Alemanha, especificamente porque a clássica Lei Fundamental ou Constitucional de Bonn de 1949¹⁴⁵ não trazia em seu bojo qualquer tipo de direito social de cunho prestacional¹⁴⁶. Dessa maneira, a discussão em torno da garantia de um mínimo indispensável para uma existência digna ocupou um papel preponderante tanto nas questões pré-constituição – por meio de Assembleia Constituinte – quanto na constituição em si¹⁴⁷ (SARLET, 2012).

¹⁴⁵ Trata-se da vigente Constituição da Alemanha – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁴⁶ Excepcionalmente, existe a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, compensação de desigualdades fáticas no que diz respeito à discriminação das mulheres e das pessoas com deficiência, mas a espinha dorsal da Constituição alemã é formada pelos direitos civis. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁴⁷ A tarefa da Assembleia Constituinte alemã era redigir uma Lei Fundamental com poderes de Constituição, mas que fosse provisória, sem caráter definitivo, para não obstaculizar uma – à época ainda improvável –

Como enfatizado por Krell (2002), o Tribunal Constitucional Alemão lastreou a construção do mínimo existencial em dois elementos concordantes e fundamentadores de uma interpretação hermenêutica progressista no direito atual: o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida em sua completude, ou seja, na sua integridade física e mental. Enquanto o primeiro – princípio da dignidade da pessoa humana – estava inserido de modo normativo na Lei Fundamental de Bonn, especificamente em seu artigo 1º, inciso I, o segundo – direito à vida em sua completa integridade – inseria-se no artigo 2º, inciso II, da mesma Carta Constitucional¹⁴⁸.

Sendo assim, seguindo a determinação constitucional, a Corte Suprema alemã determinou uma ajuda social (*Sozialhilfe*), em 1961, com base em uma interpretação constitucional prospectiva, estipulando que o Estado, de forma obrigatória, oferecesse uma contribuição social a quem comprovasse ser hipossuficiente. Preenchia-se, dessa forma, o vazio deixado pelo texto constitucional no que se refere aos direitos sociais, influenciando a jurisprudência e a doutrina não somente de seu país, como de outras regiões pelo mundo¹⁴⁹.

Dessa forma, segundo Krell (2002), a tese do mínimo existencial foi uma espécie de “*mea culpa*” da Carta de Bonn, já que esta negligenciava qualquer tipo de direito social – pelo menos de forma explícita em suas normas constitucionais. A solução, portanto, foi encontrar um instrumento jurídico capaz de restituir este vazio de dignidade humana.

unificação alemã, daí a denominação Lei Fundamental de Bonn. Em 23 de maio de 1949, a Assembleia Constituinte alemã, também denominada Conselho Popular, promulgou a Constituição da República Federal da Alemanha, república esta que passava a existir oficialmente. A Assembleia Constituinte foi formada por 65 representantes de assembleias estaduais pertencentes à Alemanha Ocidental e mais cinco observadores enviados por Berlim (Alemanha Oriental). Em 2019, a Constituição Alemã – que com a unificação em 1990 adquiriu caráter definitivo – completou 70 anos. Sua influência alcança as principais constituições ao redor do mundo, como a portuguesa (1976), a espanhola (1978), a brasileira (1988) e a de vários países do leste europeu pós-queda do muro de Berlim. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁴⁸ I – Os direitos fundamentais – Artigo 1 – **[Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]** (1) **A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.** Artigo 2 – Direitos de liberdade – (2) **Todos têm o direito à vida e à integridade física.** A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (grifo nosso). Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 21 out. 2019. Destaca-se que o direito à saúde não está explícito na Constituição alemã.

¹⁴⁹ O *Sozialhilfe*, uma espécie de mínimo existencial aos mais necessitados, integra a política de assistência social da Alemanha. O sistema de seguridade social alemão é um dos mais desenvolvidos entre os países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Esse sistema abrange o seguro-desemprego (*arbeitslosengeld*), o seguro-desemprego II (*arbeitslosengeld II*, também conhecido como *Hartz IV*) e a previdência social. Atualmente, o seguro-desemprego II substituiu o *Sozialhilfe*, mas ambos correspondem – em suas respectivas conjunturas – a um baixo valor pago aos hipossuficientes alemães compostos majoritariamente por desempregados e imigrantes (GUIMARÃES *et al.* 2014).

Após a Segunda Guerra Mundial, Bachof (2014) conseguiu construir uma argumentação sobre o mínimo existencial em que aliava o direito civil e político ao direito social. Sustentava que o mínimo existencial, ligado à dignidade humana, não estaria resumido apenas à questão da liberdade, mas, principalmente, a um mínimo de segurança social como saúde, educação, moradia etc. (TORRES, 2009). De acordo com Sarlet e Zockun (2016), tal entendimento seguiu a interpretação da Constituição alemã em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana:

(...) o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também **um mínimo de segurança social**, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada (SARLET; ZOCKUN, 2016, grifo nosso).

Nessa mesma época, de acordo com Alexy (2011), o Tribunal Constitucional da Alemanha, em sua jurisprudência, proferiu duas decisões fundamentais em relação aos direitos sociais prestacionais que tiveram como escopo o fundamento conceitual do mínimo existencial. Precisamente em 1951 ocorreu a primeira decisão, que tinha como tema a assistência social. Nessa decisão, primeiramente, o Tribunal Constitucional Alemão desobrigava o Estado de proteger o indivíduo quanto às suas necessidades materiais e o isentava de oferecer uma assistência totalmente gratuita aos cidadãos, devendo priorizar quem contribuísse para o Estado (TORRES, 2009).

Com a polêmica originada a partir desse julgado, o Tribunal alemão tenta se redimir declarando que a decisão não significava dizer que o indivíduo não poderia usufruir de nenhum direito à assistência social constitucionalmente garantido. A discussão avança e, em 1975 – mais de 20 anos depois da primeira decisão e já com a consolidação do Estado do Bem-Estar Social germânico –, o Tribunal proferiu uma decisão em que afirmava que um dos deveres inquestionáveis do Estado alemão seria a assistência aos necessitados, devendo-lhes garantir “o mínimo”, ou seja, condições básicas para uma existência humana digna. Desta forma, consagrava-se pela primeira vez o direito fundamental a um mínimo existencial embalado pelo positivo desempenho econômico de sua economia (TORRES, 2009; SARMENTO, 2016).

A segunda decisão foi ainda mais polêmica: tratava-se do caso de vagas nas universidades direcionadas a estudantes que estavam cursando o correspondente ao que é o

ensino médio brasileiro, e que pleiteavam a entrada naquelas. Portanto, foi uma questão referente a *numerus clausus*. O Tribunal Constitucional alemão proferiu uma decisão dúbia, pois, ao mesmo tempo em que definiu que todo cidadão que concluísse o ensino médio deveria ingressar nas universidades – uma espécie de mínimo existencial educacional –, também deixou aberta a questão sobre a criação de novas vagas nas universidades, o que se resolveria com a teoria da “reserva do possível”, como vimos no capítulo anterior¹⁵⁰ (TORRES, 2009; TOLEDO, 2017).

Depois de avaliarmos o advento desse novo instrumento jurídico em seu país de origem – em terras germânicas –, analisamos o conceito do mínimo existencial em nosso direito pátrio.

No Brasil, alguns dos atuais autores que discutem o princípio do mínimo existencial (TORRES, 2009; SARLET; ZOCKUN, 2016; SARMENTO, 2016) estão recuperando a trajetória e o pensamento do clássico civilista Pontes de Miranda. Segundo afirmam tais autores, o referido jurista brasileiro foi o precursor da formulação conceitual do mínimo ainda na década de 1930 do século passado, portanto, em época anterior à formulação da concepção germânica sobre o assunto.

Seguindo o caminho dos autores supracitados e a título de exemplificação conceitual, retiramos trecho da obra de Pontes de Miranda (1933, pp. 28-30) em que há elaboração sobre o direito ao mínimo vital absoluto e relativo, conforme a seguir:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, **limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação.**

É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período. **O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto.**

O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. Não se peça a outrem, porque falte; **exija-se do Estado, porque este deve. Em vez da súplica, o direito** (PONTES DE MIRANDA, 1933, pp. 28-30, grifo nosso).

¹⁵⁰ Toledo (2017) assinala a respeito da especificidade dessa questão: “Chegou-se à especificação da reserva do possível a partir da contraposição entre o interesse individual do candidato de ingressar no ensino superior (se provar a qualificação necessária) e o interesse coletivo de custeio dos cursos universitários. Houve então a determinação de que a pretensão individual permanecesse nos limites do razoavelmente exigível” (TOLEDO, 2017, p. 107).

Mas, em que pese a recuperação documental do pioneirismo de um autor brasileiro na temática analisada, a sistematização sobre o conceito do mínimo existencial no Brasil só foi minimamente consolidada na primeira década do século XXI, sendo que ainda hoje se encontra em permanente construção doutrinária. Juristas como Torres (2009), Barcellos (2012) e Sarlet (2012) têm contribuído com novos enfoques sobre o tema.

De acordo com Torres (2009), as características centrais do mínimo existencial se coadunam sobremaneira com os denominados direitos da liberdade: a) sua condição de pré-constitucionalidade, pois é inerente à pessoa humana, independentemente da formação de uma Constituição; b) é direito público subjetivo de qualquer cidadão, fortalecendo a interpretação de que o mínimo existencial é que influencia a ordem jurídica e não o seu contrário; c) apresenta validade *erga omnes*, ou seja, tem consequências, sejam estas diretas ou indiretas, para toda a coletividade, como no exemplo de uma justificativa de estado de necessidade; e, por último, d) apresenta-se imbuído de historicidade, vale dizer, variando de acordo com o contexto social e econômico e a identidade territorial que deseja abarcar.

Já Barcellos (2012) advoga que o mínimo existencial precede o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado ofertar para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico, já que a efetivação do mínimo é condição *sine qua non* para a classificação de um ser digno ou indigno perante as características de nosso sistema social vigente. O núcleo básico do mínimo existencial, em relação aos elementos materiais da dignidade, deve ser composto por uma proteção estrutural objetiva e subjetiva que satisfaça minimamente o cidadão perante o sistema capitalista em que vive, trate-se de um país central ou periférico em termos geopolíticos.

Barcellos (2012) ainda descreve, de forma explícita, os elementos que compõem este mínimo existencial: saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo. Nota-se que a autora destaca somente a atenção básica de saúde como mínimo existencial.

Já Sarlet (2012) está de acordo com as construções conceituais do mínimo existencial feitas por seus colegas, porém, ressalta o caráter restritivo do conceito alertando que não se pode quantificá-lo de forma única e definitiva, pois o mínimo existencial varia conforme o lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades, aproximando-se do conceito de mínimo vital relativo proposto por Pontes de Miranda (1933).

Sarlet (2012) completa seu raciocínio ao elucidar como se daria a definição do mínimo existencial tendo como referência o papel dos legisladores e dos juízes. Segundo o autor, cabe ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, entre outros aspectos a serem considerados; já, por sua vez, compete aos tribunais decidir sobre este núcleo existencial mínimo, mas apenas em casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.

A conclusão a que chegam os autores supracitados é a de que em um país com tamanha desigualdade social¹⁵¹, como o Brasil, não existem elementos concretos que possam efetivar todos os direitos fundamentais para todas as pessoas. Muito embora constatem que a erradicação da desigualdade é um dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, de acordo com a Constituição Federal¹⁵² (PIOVESAN, 2014).

Assim, em uma conjuntura em que nem todos os direitos fundamentais são efetivados, o princípio do mínimo existencial em nosso país permitiria racionalizar as suposta escassez e má gestão/má distribuição dos recursos orçamentários, sendo de fundamental importância para a atuação dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) para garantir aos cidadãos mais necessitados um direito de cidadania e subsistência, ou seja, um mínimo necessário para que possam existir de forma digna (TORRES, 2009; SARMENTO, 2016).

Para finalizar, assim como demonstramos no capítulo anterior acerca do princípio da reserva do possível, também neste capítulo apresentaremos tabela contendo obras acadêmicas, entre artigos científicos, dissertações, teses e algumas obras sobre o princípio do mínimo existencial e sua relação com o direito à saúde, em um marco temporal pós-Constituição de 1988. Para se chegar até elas, pesquisou-se em sítios eletrônicos de materiais acadêmicos – Portal de Periódicos da Capes¹⁵³, Scielo¹⁵⁴ e Google Scholar¹⁵⁵. A

¹⁵¹ Segundo relatório da Oxfam Brasil, intitulado “País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras”, de 2018, o Brasil é o 9º país mais desigual do mundo. Disponível em: https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁵² “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF/88). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁵³ Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/>. Acesso em 09 nov. 2019.

¹⁵⁴ Disponível em: <https://scielo.org/>. Acesso em 09 nov. 2019.

¹⁵⁵ Disponível em: <https://scholar.google.com/>. Acesso em 09 nov. 2019.

conclusão a que se chega sobre o mínimo existencial, a partir das obras abordadas, vai no sentido de que se trata de um mínimo inerente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, donde se conclui que deve garantir aos cidadãos hipossuficientes o direito à saúde restrito à atenção básica, como relatamos durante todo nosso trajeto argumentativo. Verifica-se, ainda, que o mínimo assim constituído pode ser interpretado como um retrocesso sócio-sanitário por não corresponder aos objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional, isto é, aos seus elementos caracterizadores formados pela tríade universalidade, integralidade e equidade.

Tabela 8 - Obras Acadêmicas Sobre o Mínimo Existencial – pós-Constituição Federal – 1989-2017

Autor / Ano de publicação	Título	Definição adotada
Ana Paula Barcellos (2002)	A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.	O mínimo existencial é composto pela educação fundamental, saúde básica , assistência aos desamparados e pelo acesso à justiça, e possui uma eficácia jurídica simétrica ou positiva, constituindo um direito exigível diante do Judiciário.
Ana Paula Barcellos (2008)	O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata.	O mínimo existencial em matéria de saúde deve incluir prioritariamente as prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitam, tais como o atendimento no parto e da criança no pós-natal, saneamento básico e atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiologia e ginecologia, e o acompanhamento e controle de doenças típicas, como hipertensão e diabetes. A lógica desse critério é assegurar que todos tenham direito subjetivo a esse conjunto comum e básico de prestações de saúde como corolário imediato do princípio

		constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo exigilo caso não seja prestado voluntariamente pelo Poder Público.
Ana Carolina Peduti Abujamra e Cláudio José Amaral Bahia (2009)	O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988: reserva do possível e mínimo existencial – Limites?	Compõe o mínimo vital o direito a uma moradia simples, à educação escolar, à formação profissional e a um nível padronizado mínimo de assistência médica . Contudo, não se esquece que o mínimo vital, que é o mais básico, tem consideráveis efeitos financeiros, devendo ser estabelecido comparativa ou relativamente, isto é, sob as condições fáticas do Estado onde será implementado tal direito. É fundamental a dignidade e a vida da pessoa humana, sendo também um conceito autoaplicável, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. A vinculação a um padrão mínimo corresponde ao conjunto de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, formando um núcleo sindicável cuja entrega não pode ser obstaculizada sob o argumento da reserva do possível ou da escassez de recursos financeiros.
Eduardo Pordeus Silva (2012)	Direito humano à saúde e a questão da cidadania socioeconômica.	O mínimo existencial é aquele núcleo essencial que deve ser preservado para que o ser humano sobreviva com um padrão mínimo de dignidade .
Francislene Lucia Martins Silva e Sofia Alves Valle (2012)	O mínimo existencial como instrumento de garantia da eficácia das normas programáticas: um estudo de direito à saúde.	O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à condição humana digna.

<p>Hugo Evo Magro Corrêa Urbano (2010)</p>	<p>Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde.</p>	<p>O mínimo existencial é um subgrupo dos direitos sociais, que abrange um rol mais amplo de direitos a prestações. O núcleo dos direitos sociais é exatamente o mínimo existencial. Sendo certo que o direito à saúde é abrangido por esse núcleo “duro” de direitos.</p>
<p>Ingo Wolfgang Sarlet (2007)</p>	<p>A eficácia dos direitos fundamentais.</p>	<p>O mínimo existencial corresponde ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna e saudável, e constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.</p>
<p>Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008)</p>	<p>Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.</p>	<p>Compreendem o mínimo existencial como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar uma vida digna à pessoa, constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, protegido contra a intervenção do Estado e da sociedade. Os próprios direitos sociais, como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores etc., abrangem dimensões do mínimo existencial. Os autores destacam que não há como estabelecer, de modo taxativo, um rol de elementos nucleares do mínimo existencial, nem mesmo o legislador poderá fixar valores ou padronizar as prestações destinadas a satisfazer o mínimo existencial.</p>
<p>Ione Maria Domingues de Castro (2012)</p>	<p>Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido</p>	<p>Os cidadãos têm direito a prestações positivas frente ao Estado no que diz respeito às condições mínimas de</p>

	<p>pelo Judiciário?</p>	<p>sobrevivência. Uma vez identificado o mínimo existencial da saúde, esse direito deve ser satisfeito, não se admitindo qualquer restrição, visto tratar-se de uma exigência do ordenamento jurídico, que tem como valor fonte a pessoa humana.</p>
<p>Ione Maria Domingues de Castro (2015)</p>	<p>O mínimo existencial do direito à saúde: uma questão fática.</p>	<p>A integralidade da atenção é a expressão do mínimo existencial do direito à saúde, pois sem atendimento integral das necessidades do paciente, não há concretização do mínimo existencial do seu direito. O direito à saúde deve ser satisfeito independentemente da existência de qualquer lei ou previsão orçamentária.</p>
<p>Jesus Marcelo de Souza Galheno (2014)</p>	<p>Direito Social Fundamental à saúde. Judicialização.</p>	<p>O mínimo existencial, com relação à vida humana, seria aquele núcleo essencial que garantiria ao indivíduo uma vida dotada dos princípios a ela inerentes (liberdade, dignidade, igualdade etc.). Percebe-se que o mínimo existencial não se destina apenas à sobrevivência do indivíduo, como a expressão poderia suscitar, mas a uma vida digna, livre e igual.</p>
<p>Júnior Ananias Castro e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (2014)</p>	<p>O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais: o fenômeno da judicialização da saúde.</p>	<p>O conteúdo essencial do direito à saúde é a preservação do direito à vida; portanto, sempre que esta for colocada em risco devido à recusa da Administração Pública em prestar assistência médica, o Judiciário estará legitimado a intervir para garantir a sua efetividade, independentemente dos custos para os cofres públicos, e sem que tal intervenção importe em ofensa ao princípio da separação dos poderes.</p>

<p>Kátia Cristina Santos de Oliveira e Jamille Coutinho Costa (2013)</p>	<p>Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial.</p>	<p>O mínimo existencial é Direito Fundamental, vinculado à Constituição, sendo irrelevante a existência de lei para sua obtenção, e está ligado à ideia de liberdade. O Direito à Saúde deve ser analisado de forma ampla, englobando a possibilidade de se garantir, por parte do Estado, um mínimo de dignidade e bem-estar ao hospitalizado, que não se restringe aos casos de risco de morte ou de grave lesão sofrida pelo paciente. Com isso, inserem-se no Direito Fundamental à Saúde os medicamentos ou tratamentos médicos que não são fornecidos pela administração do SUS, além das políticas de vigilância sanitária, em observância à norma constitucional do art. 196, que tem caráter imperativo sobre as normas regulamentares administrativas baixadas pelo Poder Executivo. Para tanto, o Estado deve contemplar as atividades de saúde de todos os níveis.</p>
<p>Luiz Roberto Barroso (2010)</p>	<p>A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.</p>	<p>O mínimo existencial integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais e possui eficácia direta e imediata. Sua definição é paradoxal e seu conteúdo não pode ser captado em um elenco exaustivo, pois ele é variável na medida do tempo e no espaço.</p>
<p>Ricardo Torres Lobo (1989)</p>	<p>O mínimo existencial e os direitos fundamentais.</p>	<p>É o direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que exige prestações positivas do mesmo. O mínimo existencial não possui conteúdo específico, abrange qualquer direito, mesmo o direito à saúde, à alimentação e à educação, que embora não sejam</p>

		originariamente direitos fundamentais, adquiriram este status ao serem reconhecidos como parte do mínimo sem o qual o homem não sobrevive.
Ricardo Torres (2001)	Lobo Teoria dos direitos fundamentais.	O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde é utópico e gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos. Importante realizar a distinção da saúde preventiva , cujo acesso deveria ser universal e igualitário, da saúde curativa, cujo acesso precisaria ser analisado com base na teoria da justiça. Os serviços ligados à medicina curativa estariam no âmbito do máximo social e, portanto, seriam dependentes de previsão orçamentária.
Ricardo Torres (2008)	Lobo O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública.	O direito à saúde exibe dupla face: uma como direito fundamental social (mínimo existencial), plenamente justificável, na assistência aos pobres e nas prestações de medicina preventiva; e a outra face como direito social, sujeito à reserva do possível, no que concerne à assistência aos ricos e à classe média e às prestações de medicina curativa.
Robert (2008)	Alexy Teoria dos direitos fundamentais.	É direito fundamental social que impõe uma prestação positiva pelo Estado, e que não pode ser reduzido à categoria de direito subjetivo ou a enunciados programáticos, dada a importância de que se revestem as normas de direitos fundamentais. De maneira geral, não pode ser conferida ao legislador a liberdade de decidir acerca de sua outorga ou não.
Tatiana Teixeira e Pablo Pacheco (2014)	Cardoso Viana e Viana Os tratados internacionais de direitos humanos com parâmetro para a formulação de um	O direito à saúde , por ser decorrente do direito fundamental à vida e por entendê-lo como pressuposto para o desenvolvimento pleno

	conceito de mínimo existencial no direito à saúde.	dos demais direitos sociais, é parte integrante do chamado mínimo existencial do ser humano . O Estado está obrigado a fornecer as condições materiais que asseguram a vida com dignidade.
Teresinha Inês Teles Pires (2014)	O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva.	O mínimo existencial indica uma medida mínima de implementação dos direitos sociais , que não pode ser negada sob pena de afronta direta à dignidade existencial.
Diogo Rasia Escobar (2014)	Democracia, direitos sociais e ativismo judicial.	O mínimo existencial se resume a um mínimo de sobrevivência direcionado às camadas mais necessitadas. Ressalta-se, por oportuno, que aqueles que estão com sua saúde debilitada , que não têm instrução ou o que comer ou sequer onde morar, sempre estarão em situações-limite. Em outras palavras, estes são os pobres para quem se busca legitimar uma tutela jurisdicional capaz de garantir-lhes o mínimo existencial .
Lara Lívia Cardoso Costa Bringel (2017)	Contribuição jurídica contemporânea à efetivação do direito à saúde no Brasil face a inoperância do poder público no exercício de suas funções.	Diante da omissão do Poder Público na aplicação do direito à saúde, este entendido como direito fundamental consagrado pela Constituição Federal e jurisdicionalmente tutelável, têm o Poder Judiciário a obrigação de atuar de forma a resguardar um direito subjetivo originário a prestações materiais em saúde . Daí surge a ideia de mínimo existencial, no sentido de que o Estado deve intervir para assegurar condições mínimas de existência , sempre que a preservação da vida e o respeito à dignidade humana estiverem ameaçados.
Oreonnilda de Souza; Lourival	O custo dos direitos fundamentais: o	O mínimo existencial pressupõe a aplicabilidade de

José de Oliveira (2017)	direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.	um rol mínimo de direitos garantidores da subsistência humana. O direito à vida somente poderá ser observado se garantido um patamar mínimo que permita a manutenção e continuidade da vida de uma maneira digna. Nesse sentido, o rol de direitos e garantias consagrados pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado a obrigação de oferecer condições básicas para a efetividade desses direitos. Por isso, o mínimo existencial relaciona-se intimamente com a questão da justiça social.
--------------------------------	--	---

Fonte: elaboração própria a partir de Cardoso e Cunha (2016). (Grifo nosso).

Analisando a tabela supramencionada, verificamos dois consensos entre os autores: a) o mínimo existencial faz parte do núcleo básico e essencial dos direitos fundamentais, como o direito à saúde; e, b) o direito à saúde faz parte de uma demanda básica de indivíduos que estão debilitados física e socialmente, ou seja, o mínimo existencial sanitário refere-se meramente a uma atenção básica do direito à saúde refletida em uma atuação tópica e focalizada do Estado brasileiro para os mais necessitados.

Sendo assim, as conclusões a que chegam a maioria das doutrinas sistematizadas na tabela acima nos alertam para a construção argumentativa do mínimo existencial como um retrocesso sócio-sanitário. Isso porque tais construções teóricas prescindem dos objetivos, princípios e diretrizes que norteiam constitucionalmente o Sistema Único de Saúde, assentados nas noções de universalidade, integralidade e equidade. A observância destes elementos não admite qualquer interpretação isolada e emergencial do direito à saúde como apenas um mínimo existencial a ser cumprido. Assim sendo, cremos ser pertinente a seguinte questão: estaríamos frente a um caso de choque de interpretações, entre a doutrina jurídica e o texto constitucional?

Visão semelhante à encontrada em nossa doutrina jurídica foi ratificada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como vimos no tópico anterior, para o Pretório Excelso, o mínimo existencial deveria ser garantido em primeiro lugar, anteriormente a qualquer discussão a respeito da reserva do financeiramente possível. Em verdade, embora em um primeiro momento tal encadeamento admita uma interpretação

progressista e consonante com a Constituição Federal, pensado *a posteriori*, também admite o seguinte questionamento: está se propondo garantir tão somente o direito a uma atenção básica de saúde, excluindo-se, portanto, a atenção de média e de alta complexidade, com seus respectivos medicamentos e tratamentos de alto custo?

Dessa maneira, poderíamos fixar que a interpretação doutrinária e jurisprudencial do mínimo existencial referente especificamente ao direito constitucional à saúde seria um retrocesso social, caso confrontada com os ditames do SUS Constitucional? Essa é a principal questão que problematizaremos a seguir.

3.4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: afinal, mais um retrocesso sanitário?

Depois de analisarmos a construção do mínimo existencial, desde sua origem na Alemanha até sua chegada ao Brasil, passando pela jurisprudência e doutrina no âmbito do direito pátrio, direcionamo-nos, a partir deste ponto, para uma problematização centrada na incumbência de comprovar como a aplicação do princípio do mínimo existencial poderia retroceder conquistas abarcadas nos direitos fundamentais sociais de nossa Constituição, como no caso específico do direito constitucional à saúde. Trata-se, então, de uma tentativa de realizar uma espécie de teoria crítica do mínimo existencial frente ao direito constitucional à saúde, especificamente em sua relação com nosso Sistema Universal de Saúde (SUS).

Para iniciarmos este tópico, partimos da premissa de que o direito à saúde, erigido em nossa Constituição Federal como um direito de relevância pública, alicerçado nos parâmetros basilares da universalidade, integralidade e equidade, além da participação da comunidade, é um direito fundamental que, em razão das características atinentes à sua natureza jurídica, nutre certa dificuldade para aderir à interpretação de um mínimo de efetivação. Especialmente porque nós, como sociedade brasileira, pactuamos um sistema dito universal de saúde e não um sistema restritivo, como veremos ao final deste capítulo.

Neste ponto, trazemos à luz algumas perguntas que entendemos como relevantes na tentativa de esclarecer este tópico problematizador: como é formado o núcleo essencial mínimo de um direito, qual sua abrangência, como se inicia e como se finda? O mínimo teria valor constitucional em nossa conjuntura? E qual seria a relação de um mínimo existencial especificamente em comparação com o SUS Constitucional?

Netto (2010) reforça essas indagações ao questionar a inexistência de parâmetros para definir o princípio do mínimo existencial. O autor também reflete sobre como ou quem deveria delimitá-lo ou dar-lhe eficácia, destacando que não há ainda contornos definidos para a tomada de decisão e ação no plano concreto, seja refletindo em uma lei, na administração pública ou em uma decisão judicial. A complementação desse estágio via controle social também é deficitária, não há ainda uma sistematização concreta sobre como e em quais situações esse mínimo definiria o núcleo de direitos sociais e, o mais importante, quem teria o poder e a legitimidade para defini-lo.

Sobre a especificidade do direito à saúde, o mínimo existencial, como vimos anteriormente, tanto em termos de doutrina como de jurisprudência, está sendo hermenêuticamente desenvolvido com o claro intuito de se restringir tão somente à saúde básica, como nas definições de Escobar (2014) e Bringel (2017). Também serve para legitimar propostas políticas (com reflexos jurídicos)¹⁵⁶ que almejam restringir ou excluir o direito à saúde da Constituição, principalmente de seu art. 196¹⁵⁷, o qual sustenta a universalidade e integralidade do SUS, demonstrando, dessa forma, um possível retrocesso social, inclusive em decisões judiciais.

Na compreensão de Penalva (2011), a utilização do princípio do mínimo existencial reduz a complexidade das decisões judiciais em relação às demandas de saúde por sintetizar um padrão a ser seguido. O padrão em questão seria o do oferecimento do mínimo sanitário, que se mostra destituído dos princípios da universalidade e integralidade, os quais são inerentes à formação do SUS Constitucional. Conforme a autora:

O mínimo existencial então parece reduzir a complexidade das questões quando é trazido como parâmetro de análise nas decisões. Se a prestação ou o bem de saúde (...) requerido integrar o mínimo existencial, o julgador tem confiança em deferir o pedido, porque não tem dúvidas sobre a aplicabilidade da norma. **Da mesma forma, quando a prestação é considerada excessiva em relação ao que seria o mínimo, o pedido é negado** (PENALVA, 2011, p. 49, grifo nosso).

Em termos normativos, o princípio do mínimo existencial poderia se contrapor a importantes artigos da Constituição Federal e também da Lei Orgânica da Saúde – LOS. No primeiro caso, confrontaria o art. 196, *in fine*, da Constituição quando este garante o direito

¹⁵⁶ Citaremos, ao final deste capítulo, o exemplo da denominada Cobertura Universal de Saúde – CUS/UHC como aplicação de uma proposta de mínimo existencial à política pública de saúde.

¹⁵⁷ “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” (CF/88).

à saúde mediante “**acesso universal e igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (CF/1988, grifo nosso), bem como o art. 198, inc. II, quando estipula como uma das diretrizes do SUS o “**atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (CF/1988, grifo nosso).

Já no segundo caso, em relação à lei federal que regulamentou as normas constitucionais do SUS, a denominada Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080¹⁵⁸, de 1990, a interpretação lastreada em torno do princípio do mínimo existencial poderia se chocar principalmente em relação aos princípios do SUS, como universalidade (art. 7º, inc. I), integridade (art. 7º, inc. II) e igualdade (art. 7º, inc. IV), pois, reduzir a complexidade das questões daria margem à redução do cumprimento dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional.

De acordo com Penalva (2011), a restrição da universalidade na área da saúde poderia ocorrer com a afirmação do critério da hipossuficiência de renda como pré-requisito para a demanda judicial:

De forma concreta, a aplicação da máxima da proporcionalidade e do mínimo existencial leva a certa confusão entre direito e política na aplicação do direito. No campo da saúde, começa a ganhar corpo uma tendência doutrinária (em menor monta, também jurisprudencial) de **criação de limites para a universalidade do direito à saúde a partir do argumento do mínimo existencial**. O risco da transposição dessa interpretação para as ações judiciais em que se reivindicam bens ou prestações de saúde **são os julgadores tomarem para si a tarefa de definir os limites da universalidade**, de criar critérios para a distribuição dos recursos, de formular sua própria política distributiva. E isso não de forma individualizada, nos casos apreciados, mas pela definição de um **critério novo de restrição da universalidade na saúde: a pobreza** (PENALVA, 2011, p. 51-52, grifo nosso).

Em consonância com o excerto supracitado, que aborda a restrição do princípio da universalidade pelo critério da pobreza, vimos no primeiro capítulo desta tese na recente decisão publicada pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2018 no Recurso Especial – REsp nº 1.657.156/RJ – Tema 106 – “Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de

¹⁵⁸ Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “Dispõe sobre as 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 21 out. 2019.

Saúde”¹⁵⁹, que um dos critérios para a Justiça decidir sobre a aquisição de medicamentos não regulamentados pelo SUS foi: “ii) **incapacidade financeira do paciente** arcar com o custo do medicamento prescrito” (grifo nosso). Ou seja, está aqui um critério novo de restrição da universalidade na saúde elaborado pelos julgadores: justamente a pobreza, tal qual nos adiantou Penalva (2011).

Dallari (2018), ratificando o entendimento de Penalva (2011), também compreende que houve restrição da universalidade ao apontar como equívoco a decisão da Turma do STJ (Tema 106) em não respeitar o art. 196 da Constituição Federal – a saúde é direito de todos – ao estabelecer um mínimo de renda como requisito ao acesso à Justiça sanitária:

Nenhum obstáculo, portanto, a eventuais limitações na oferta de ações, serviços, bens e produtos de interesse para a saúde de todos. Basta que qualquer uma dessas limitações encontre justificativas técnicas e seja apoiada pela comunidade. **O que não pode acontecer, porque absolutamente inconstitucional, é a limitação do direito à saúde a alguns.** A saúde é direito de todos. Nada mais claro. Qualquer interpretação que exclua uma só pessoa da garantia desse direito é absurda e deve ser denunciada. Todos significa todos.

É escandaloso que tenha sido um órgão da cúpula do Poder Judiciário a se aventurar por caminho tão afastado do direito e da Constituição. Com efeito, foi em uma decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça que se fixou o requisito da comprovação da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do Sistema Único de Saúde (SUS). **Ora, “todos” não significa apenas aqueles que não tenham condições financeiras. A saúde é direito de todos, sem distinção de qualquer natureza, inclusive de condição financeira** (DALLARI, 2018, p. 8).

Dessa maneira, podemos concluir que a utilização do princípio do mínimo existencial em relação às demandas atinentes à política pública de saúde e ao direito constitucional e fundamental à saúde, principalmente em relação a seus objetivos, princípios e diretrizes, deve ser realizada com o máximo de cautela possível, para que não seja classificada como uma espécie de retrocesso sanitário, tendo em vista os ditames da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde.

Deve-se respeitar, também, a democracia sanitária, ou seja, qualquer alteração nos mandamentos normativos da política pública de saúde deve passar pelo crivo de discussão

¹⁵⁹ Disponível em:

http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em 21 out. 2019.

tanto das instâncias deliberativas como consultivas – Conselhos, Comissões e Conferências de Saúde – quanto ser estabelecida por meio de projetos de lei e propostas de emenda à Constituição de acordo com o rito do Congresso Nacional. Portanto, não são cabíveis inovações casuísticas, com sérias implicações subsequentes, por membros do Poder Judiciário na interpretação das leis, de outro modo, estes assumem o risco de serem confundidos com atores eminentemente políticos, conforme Penalva (2011):

O certo é que considerar a pobreza do requerente no momento de avaliação sobre a presença do direito à saúde no caso é **lançar mão de um argumento que não está disponível aos juízes: o argumento da política**. O recurso à pobreza como limite para a garantia de saúde pública parece fruto de uma ocupação do campo político, na forma de uma definição sobre o que pode garantir o bem-estar geral, sobre qual o melhor arranjo distributivo, e não uma decisão imparcial sobre o que é devido a cada um, conforme suas condições singulares de vida – isto é, a questão eminentemente jurídica que deveria ser apreciada jurisdicionalmente (PENALVA, 2011, p. 55, grifo nosso).

Para que não fiquemos somente na crítica aos impactos do termo mínimo existencial em nossa conjuntura jurídico-política vigente, na próxima parte de nosso capítulo tentaremos descrever a contraposição ao princípio do mínimo existencial, apresentando ao debate o termo “básico social”, mais amplo e condizente com os valores de uma necessidade humana básica e universal contemplada pelo nosso sistema universal de saúde, nosso SUS Constitucional.

3.5 POR UM DIREITO AO BÁSICO SOCIAL: uma alternativa ao termo “mínimo existencial”

Analisaremos a dicotomia entre o princípio do mínimo existencial frente ao básico social, tentando compreender se este se mostraria mais adequado ao pretendido pela Constituição Federal em relação àquele, principalmente em termos de direito à saúde.

Inicialmente, Pereira (2011) destaca que não se pode confundir os termos mínimo e básico; apesar de sua quase irmandade semântica, são bastante diferentes em termos político-sociais. Na visão da autora, enquanto o mínimo exigiria uma proteção por baixo, rasteira, somente atentando às necessidades biológicas para a pura e simples sobrevivência – sem se preocupar com o desenvolvimento físico e mental do ser humano para que alcance percepção crítica sobre seu lugar e posicionamento perante sua condição –, o básico deve ser algo fundamental – para além de uma satisfação simplista –, algo que dê oportunidades

de fato para que o ser humano se reconheça como tal, no completo bem-estar de sua saúde física, consoante com um grau subjetivo de autonomia cidadã refletindo sobre seus objetivos e crenças diante da realidade.

Seguindo em sua argumentação, Pereira (2011), ao nos apresentar a construção intelectual do mínimo, só ratifica a perspectiva de retrocesso incluída nesse conceito. A autora inicia sua exposição pondo luzes sobre as contribuições do representante da Escola Austríaca de Economia, o clássico Friedrich Hayek, em defesa de um mínimo de renda para pessoas que não apresentem condições para participação no mercado de trabalho: enfermas, pessoas física e mentalmente incapazes, viúvas e órfãos.

Hayek (2010) defende um mínimo como dever moral, com o fito de formar uma rede mínima de segurança para amenizar a pobreza extrema, em uma conceituação de dimensão biológica ou alívio para necessidades do ser humano mais necessitado. A defesa de um mínimo para Hayek (2010) engloba uma série de ações no campo da economia política: a defesa de um Estado Mínimo, políticas assistencialistas com conteúdo focalizado, atuação do mercado em políticas públicas estratégicas. Nesses termos, o teórico advoga que o cumprimento dessas medidas seria essencial para que o ser humano não fosse submetido “ao caminho da servidão” propagado pelo Estado.

Já Rawls (2005), apesar de suas progressivas elucubrações sobre “o véu da ignorância” e o “princípio da diferença”, apresenta a defesa de um mínimo que flerta com a abstração, pois que inerente à condição de existência do ser humano em quaisquer sociedades analisadas. Assim independentemente do tempo e do lugar, o ser humano buscaria concretizar um mínimo vital para a mínima sobrevivência. O autor defende, ainda, uma ordem léxica em que pressupõe que os princípios da liberdade e da oportunidade estejam à frente do princípio da igualdade. Desse modo, evidencia o reconhecimento de uma importância secundária à igualdade material, ao mesmo tempo em que fortalece a igualdade formal, colocando a *lex mercatoria* acima de qualquer princípio distributivo.

Portanto, o conceito de mínimo seria próximo de um mínimo de subsistência, resposta isolada e emergencial aos efeitos da crescente pobreza; uma política assistencialista conjuntural, que legitimaria as desigualdades sociais e a concentração de renda em uma sociedade dividida em classes e setores desprovidos de um apoio material sólido e constante.

Para se contrapor ao mínimo surge o conceito de básico social (DOYAL; GOUGH, 2010), que seria caracterizado por apresentar um alargamento social de direitos,

em uma integralidade e junção com as três clássicas gerações de direito – liberais, sociais e difusos. Trata-se de propor aqui não somente a aplicação de políticas assistencialistas e focalizadas, mas de uma tentativa de solucionar problemas de fundo jurídico-político de caráter estrutural.

Os programas, na conceituação do básico social, devem estar encadeados e integrados, complementando-se mutuamente. No caso da saúde pública brasileira, por exemplo, o programa Estratégia Saúde da Família (ESF) deve ser efetivado juntamente com a vigilância sanitária, saneamento básico, assistência, educação, cultura, etc., objetivando a reorganização integral da atenção básica em nosso país em respeito aos determinantes e condicionantes da política pública de saúde – art. 3º da Lei Orgânica da Saúde – LOS.

No conceito de básico social devem estar contidas duas características imprescindíveis: o de ser objetivo e universal (DOYAL; GOUGH, 2010). Ser objetivo implica que sua especificação teórica e empírica deva ser independente de preferências ou desejos pessoais. Por sua via, ser universal se refere às consequências do não cumprimento de um bem-estar à coletividade, podendo proporcionar sérios prejuízos¹⁶⁰ decorrentes de sua não satisfação adequada a qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo e em qualquer cultura.

Somente duas necessidades humanas básicas apresentam os requisitos de objetividade e universalidade inerentes à conceituação do básico social, são elas a saúde física e a autonomia (DOYAL; GOUGH, 2010), que devem ser efetivadas por meio de uma política pública atuante, de modo conjunto e contínuo. Ambas são pressupostos iniciais para uma vida digna, não se configurando em um fim em si mesmas. A saúde física seria como um axioma para o desfrute da vida, sendo uma necessidade humana primária, que tem como indicadores básicos a taxa de mortalidade e a expectativa de vida. Ela é como um lastro para o alcance da autonomia, sendo esta a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e de pô-los em prática sem opressões, não somente no sentido de se fazer ciente de sua posição como indivíduo, mas, principalmente, como pertencente a uma coletividade, respeitando regras e valores que devem ser construídos de forma democrática e participativa.

¹⁶⁰ Sérios prejuízos, no entendimento dos autores, são compreendidos como impactos negativos relevantes que possam impedir ou pôr em sério risco a possibilidade objetiva e subjetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica (DOYAL; GOUGH, 2010).

Portanto, a doutrina do básico social se diferencia do princípio do mínimo existencial no sentido de que se consolida como uma política estrutural, que exige reformas de base, como a efetivação de uma reforma sanitária lastreada em nossa Constituição. Exige, ainda, políticas de Estado e não de Governo, com total afinidade com os ditames constitucionais. No caso do direito sanitário, isso significa a luta pela concretização dos princípios do SUS, quais sejam: universalidade, integralidade e equidade. Tudo isso em harmonia com a implementação de políticas sociais e econômicas com o fim de ratificar objetiva e subjetivamente a saúde pública brasileira.

Dessa forma, destacamos que o princípio do mínimo existencial restringe e limita a efetividade da Justiça na prestação do direito à saúde de acordo com o SUS Constitucional, não cabendo sua interpretação para a efetivação do Direito Sanitário brasileiro em toda sua integralidade. Sendo assim, propomos a implementação da doutrina do básico social sanitário.

Para finalizar este capítulo, ratificamos a ideia problematizadora de que a interpretação do mínimo existencial, especificamente em relação ao direito constitucional à saúde, se mostra como um considerável retrocesso sócio-sanitário. De forma a ilustrar tal entendimento, analisaremos um exemplo de aplicação prática do mínimo em comentário sobre a política pública de saúde em nosso país: o advento da Cobertura Universal de Saúde (CUS/UHC) e seus principais impactos no SUS Constitucional.

3.6 A COBERTURA UNIVERSAL DE SAÚDE (UHC) COMO EXEMPLO DE MÍNIMO EXISTENCIAL SANITÁRIO: um desafio para os sistemas universais e para o nosso Sistema Único De Saúde (SUS)

Um exemplo bem disseminado da utilização lógico-argumentativa do mínimo existencial no debate em torno do direito à saúde diz respeito à questão dicotômica entre Sistema Universal de Saúde (SUS)¹⁶¹ e Cobertura Universal de Saúde (UHC). Enquanto o primeiro se caracteriza como um sistema que combina universalidade com integralidade, além de acesso público e gratuito; o segundo abarcaria a entrega de um pacote mínimo de saúde pública prioritariamente para a cobertura da população hipossuficiente, em uma atuação focalizada via atenção primária de saúde, restando a outros partícipes que queiram

¹⁶¹ Aqui utilizo a sigla SUS de forma mais ampla do que no Sistema Único de Saúde, referindo a todo e qualquer Sistema Universal de Saúde implementado no mundo. Dessa forma, compreendemos que Sistema Universal de Saúde seria o gênero, do qual o Sistema Único de Saúde brasileiro seria a espécie.

se cadastrar nessa espécie de cobertura um pagamento para se adequar a um tipo de cesta de serviços oferecida pela UHC.

3.6.1 Histórico da Proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC): uma ideia dos organismos internacionais

Nas últimas décadas vem emergindo, na conjuntura sanitária internacional e por meio de fóruns de debate e discussões em organismos mundiais, uma disputa em torno de qual projeto de saúde pública apresentaria maior eficiência na efetivação do direito à saúde para a população, dadas a crise do Estado do Bem-Estar Social e a radicalização de propostas sobre ajuste fiscal e corte de investimentos. Tal debate, no campo da saúde, sintetiza-se pela polarização entre duas propostas: sistema universal de saúde (universal health system – UHS) versus cobertura universal em saúde (universal health coverage – UHC).

Com base em estudos desenvolvidos por pesquisadores brasileiros (NORONHA, 2013; BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016; OCKÉ-REIS, 2016; GIOVANELLA *et al.*, 2018), tentaremos mapear as principais características da Cobertura Universal de Saúde e seus prováveis impactos na efetivação do direito à saúde no Brasil, diante da discussão em torno do SUS Constitucional.

Antes de adentrarmos na descrição analítico-conceitual do termo, atentamos para o alerta feito por Noronha (2013) que defende que a denominação em si – cobertura universal de saúde – embute uma espécie de confusão de nomenclaturas e de terminologia, já que o que se presume não é o que está dito. Afinal, segundo o autor, o “universal” da cobertura esconde seu real intuito de limitação do direito à saúde a uma cobertura restrita e primária de atenção à população, servindo para o propósito de “misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios” (NORONHA, 2013, p. 847) em um processo de “transformação semiótica” (NORONHA, 2013, p. 848).

Feita essa pequena e inicial observação, que estará mais explícita a seguir, iniciaremos pelo histórico de antecedentes que envolve a proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC), que, em nosso ponto de vista, sempre lastreado pela literatura científica, limitaria a demanda de saúde pública apenas ao mínimo existencial, conflitando, dessa forma, com os princípios da universalidade e integralidade presentes em um sistema universal, como no caso do nosso Sistema Único de Saúde (SUS).

Historicamente, esse debate, segundo Ocké-Reis (2016), teve início na década de 1990 por meio do Banco Mundial (BM). Inicialmente, passou pela reformulação do conceito de focalização expresso pelo termo “universalismo básico” apresentado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e, posteriormente, solidificou-se com a proposta de cobertura universal – UHC, no ano de 2005, até a consolidação desse intento em documentos da Organização das Nações Unidas (ONU) e do Plano Estratégico aprovado e acionado pela Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) para o período de 2014-2019. São seis períodos balizadores da genealogia da proposta de Cobertura Universal de Saúde (UHC), de acordo com Ocké-Reis (2016):

- a) o Banco Mundial propôs a redefinição do papel do Estado e do mercado no setor saúde na década de 1990 (Banco Mundial, 1993);
- b) no início do século XXI, a OMS apoiou um novo tipo de universalismo com base na ideia acerca da impossibilidade da oferta pública de todos os serviços de saúde, considerando todos os níveis de complexidade tecnológica, ao mesmo tempo em que procurou negar um tipo de focalização, constituído a partir da simples adoção de uma cesta básica de serviços de saúde para os pobres (WHO, 2000);
- c) dando forma a esse “novo universalismo”, em 2005, todos os membros da OMS firmaram o compromisso de implantar a estratégia em direção à cobertura universal de saúde, que teve como fundamento a noção genérica de que todas as pessoas deveriam ter acesso aos serviços de saúde de que necessitam sem ônus financeiros, visando à redução da pobreza e ao cumprimento dos objetivos de desenvolvimento estabelecidos internacionalmente (WHO, 2013);
- d) cinco anos mais tarde, na mesma linha, a OMS reforça a ideia em torno da cobertura universal, advogando que os indivíduos deveriam ter acesso aos serviços de saúde de que necessitam sem sofrer ônus financeiros, mas agora com foco na atenção primária e na redução dos custos catastróficos e dos desembolsos diretos das famílias (OMS, 2010);
- e) em 2012, foi a própria Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) que deliberou em favor da proposta, no sentido de reforçar os sistemas nacionais de saúde, a partir da promoção da cobertura universal e da ampliação do acesso aos medicamentos, como um dos itens da Resolução A/RES/67/81 – Saúde Global e Política Externa (Noronha, 2013; Naciones Unidas, 2013^a);
- f) por sua vez, o Plano Estratégico da Opas (2014-2019) reconheceu a proposta da cobertura universal de saúde como sendo o eixo articulador de suas ações, sem perder de vista os determinantes sociais da saúde (Opas, 2013).

Dentre os itens citados pelo autor, destacamos o documento atualizado sobre a UHC, o denominado Plano Estratégico da Organização Pan-Americana de Saúde (Opas) para o período de 2014 a 2019, intitulado “Em prol da saúde: desenvolvimento sustentável

e equidade”¹⁶². Tal plano foi finalizado em setembro de 2014 e apresenta seis categorias de destaque, dentre as quais está a Cobertura Universal de Saúde pertencente aos sistemas de saúde e conceituada da seguinte forma: “fortalecer os sistemas de saúde **com base na atenção primária**; orientar a governança e o financiamento da saúde para a concretização progressiva **da cobertura universal de saúde**” (Opas, 2014, p.6, grifo nosso).

Outra documentação institucional igualmente atualizada, com programas de efetivação de política pública de saúde de curto e médio prazo a serem implementados e constantemente avaliados, foi a incorporação, no ano de 2015, da Cobertura Universal de Saúde na Agenda 2030 como meta de um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU)¹⁶³. Segundo Giovanella e colaboradores (2018, p. 1765), esses documentos “sugerem **uma cesta mínima de serviços** incluídos no proposto ‘índice de serviços essenciais’” (grifo nosso).

A propósito da inserção da Cobertura Universal de Saúde nos ODS, foram recentemente aprovadas – na data de 22 de maio de 2019 – por delegados da Assembleia Mundial da Saúde, três resoluções sobre UHC tratando dos seguintes pontos: i) atenção primária e cobertura universal de saúde; ii) profissionais de saúde comunitários que prestam cuidados primários de saúde; iii) reunião de alto nível sobre cobertura universal de saúde realizada em setembro de 2019, em que foi aprovada a Declaração Política de Alto Nível das Nações Unidas sobre Cobertura Universal de Saúde¹⁶⁴.

Observa-se, pois, que apesar da nomenclatura “cobertura universal”, a Opas prioriza em seu Plano Estratégico a focalização na atenção primária de saúde, ou seja, a cobertura deve ser efetiva no plano sanitário priorizando a população de baixa renda –

¹⁶² Disponível em: <https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2017/paho-strategic-plan-por-2014-2019.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁶³ Segundo o sítio eletrônico da Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil – OPAS/Brasil, “os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) foram fixados em 2015 pela Organização das Nações Unidas como um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Trata-se de uma agenda de ação até 2030, com 17 objetivos e 169 metas construídas sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM)”. Na meta 3 – Saúde e Bem-Estar: assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades, a cobertura universal de saúde se encontra na meta 3.8: “**Meta 3.8: Atingir a cobertura universal de saúde**, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos” (grifo nosso). Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5849:objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel&Itemid=875. Acesso em 21 out. 2019.

¹⁶⁴ Informações sobre as resoluções aprovadas pela Assembleia Mundial da Saúde em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5943:delegados-aprovam-resolucoes-sobre-cobertura-universal-de-saude-na-assembleia-mundial-da-saude&Itemid=875. Acesso em 21 out. 2019. Especificamente, sobre a Declaração Política de Alto Nível das Nações Unidas sobre Cobertura Universal de Saúde, conferir sítio eletrônico da WHO (OMS): <https://www.who.int/news-room/detail/23-09-2019-who-welcomes-landmark-un-declaration-on-universal-health-coverage>. Acesso em 21 out. 2019.

hipossuficiente – que mais depende de auxílio do Estado. Isso não configuraria, a princípio, um óbice ao sistema universal. Porém, a intenção de focalizar prioritariamente sua atuação institucional na saúde básica põe em cena a ameaça real do não cumprimento com os desígnios de universalidade e integralidade, base de todo sistema que se pretende universal, que, assim, corre o risco de ser desfigurado principalmente em sua concepção de seguridade social.

3.6.2 O Conceito da Cobertura Universal de Saúde (UHC): um mínimo existencial sanitário

Segundo autores como Noronha (2013) e Barros, Delduque e Santos (2016), o termo “cobertura” no campo da saúde pode corresponder a dois significados: a) cobertura ligando-se ao alcance de uma medida sanitária, correspondendo à efetivação da prestação positiva de saúde, destacando seu acesso e uso; e b) oportunidade de se lograr uma prestação positiva de saúde, que poderia ou não ser realizada por abstenção do uso ou pela incapacidade, principalmente financeira, de obtenção. No primeiro significado, teríamos a cobertura subsumida em um sistema universal de saúde, tal qual o SUS; e, no segundo significado, a cobertura seria apresentada a uma oferta condicionada, típica dos sistemas eminentemente privados de saúde, pois ligada a fatores financeiros.

Barros, Delduque e Santos (2016), assim se manifestam sobre os dois sentidos destacados do conceito de cobertura:

(...) a cobertura que está associada ao cumprimento da prestação positiva de saúde torna-se mais complexa, na medida em que inclui a disponibilidade para o acesso, o uso e não impõe barreiras para que seja efetivado o direito à saúde. Já na outra concepção, em que há oferta de prestação positiva de saúde, **mediante o cumprimento de condições (desembolso direto, contratação de seguros ou plano de saúde, contribuição, etc.)**, o direito à saúde estará à mercê da possibilidade de que barreiras sejam ultrapassadas (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016, p. 48, grifo nosso).

Para Giovanella e colaboradores (2018), a cobertura universal de saúde (UHC), diferentemente do sistema universal de saúde (UHS), consolida-se pelo oferecimento de uma titularidade por um seguro, referindo-se somente à cobertura financeira, ou seja, toda e qualquer pessoa, de acordo com seu rendimento, poderia adquirir algum tipo de seguro, o que não significaria garantia de acesso e uso quando fosse necessário. Como relatam os autores, “os contratos de seguro cobrem intervenções específicas e a oferta tem distribuição

geográfica desigual, prejudicando regiões e grupos sociais desfavorecidos” (GIOVANELLA *et al.*, 2018, p. 1765).

Segundo os mesmos autores, na Cobertura Universal de Saúde – CUS/UHC há a diferenciação explícita entre capacidade orçamentária e prestação de serviços, ocasionando uma “precificação dos serviços de saúde, o que os transforma em mercadoria” (GIOVANELLA *et al.*, 2018, p. 1766). Tal modelo se apresenta, portanto, como a defesa de um estado social mínimo, que ofereceria um mínimo existencial aos cidadãos, pois, de acordo com os autores, a proposta apresentada pela UHC subdivide-se em três pontos principais: a) financiamento por combinação de fundos (*pooling*); b) afiliação por modalidade de asseguramento; c) consequente distribuição de uma cesta limitada de serviços (GIOVANELLA *et al.*, 2018, p. 1765).

Em consonância com essa descrição conceitual da UHC, Barros, Delduque e Santos (2016) apontam que a cobertura universal “restringe o caráter universal aos serviços públicos essenciais e medicamentos de base e preocupa-se com os riscos financeiros somente para a população hipossuficiente, vulnerável ou marginalizada” (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016, p. 45), descaracterizando o direito à saúde universal e igualitário que consta nos sistemas universais de saúde.

Ocké-Reis (2016) define preliminarmente qual seria o alcance do limite ao se adotar um sistema de cobertura universal confrontando-o com alguns dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, mais especificamente em relação à universalidade, à integralidade, à equidade e à noção de hierarquia, tendo como base o documento elaborado pela Opas – Estratégia para Cobertura Universal de Saúde:

(...) **identifica o conceito de universalidade com a proteção financeira dos indivíduos para o acesso aos serviços de saúde; o conceito de equidade à capacidade de contribuição de acordo com a renda; e hierarquiza a noção da utilização dos serviços de acordo com a necessidade atribuída a cada indivíduo**, no quadro da transição epidemiológica (coexistência de doenças transmissíveis, não transmissíveis e causas externas) e demográfica (envelhecimento populacional);

(...) Deste modo, **a proposta pretende fortalecer a atenção primária e ampliar o acesso aos serviços para os grupos em situação de pobreza e vulnerabilidade**, priorizando as intervenções que reduzam as taxas de mortalidade materna e infantil, as doenças crônicas, o vírus da imunodeficiência humana (HIV, do inglês human immunodeficiency virus) e a tuberculose;

(...) defende a articulação e a unificação solidária dos diversos fundos financeiros (Estado, seguro social, seguro privado e contribuições

individuais), **cabendo ao governo assumir a contribuição dos indivíduos que não têm capacidade de pagamento (pobres e indigentes).**

(...) prevê a criação de um fundo com subsídios cruzados solidários para diminuir o desembolso direto e para reduzir a exposição aos gastos catastróficos, visando à diminuição da pobreza e ao aumento da classe média (OCKÉ-REIS, 2016, p. 21-22, grifo nosso).

Dessa forma, a UHC é um projeto de política pública de saúde de viés liberal, que apresenta uma atuação difusa para a oferta de serviços de saúde, envolvendo diversos atores. Ao Estado caberia a atuação focalizada com traços de ação primária, priorizando a população extremamente hipossuficiente (classificada como pobres e indigentes). Por sua vez, ao mercado de planos privados de saúde caberia a oferta de um pacote ou cesta de produtos ou serviços balizados por um nível financeiro de demanda apta a comprar ou acessar essa modalidade, voltada principalmente para os setores médios de renda da sociedade (classe média) e também para o alto padrão de renda (ricos). Tal dinâmica, tornaria concreta, portanto, a disposição de fornecer à sociedade, em seus mais variados estratos sociais, uma cobertura de saúde de *mix* público/privado que incluiria desde o fornecimento da atuação primária até uma atuação de média e alta complexidade, atendendo a critérios de universalidade e equidade ao mesmo tempo em que obedeceria a parâmetros de hierarquia financeira.

De acordo com Borges (2014), as linhas de atuação da UHC se aproximam do defendido pelo programa estadunidense conhecido como “Obamacare”¹⁶⁵, pois expandem a cobertura dos cidadãos que não possuíam planos privados por meio do próprio mercado de planos via subsídios, ou seja, concede-se um incentivo para uma cobertura universal de seguros privados. Ressalta-se que para um sistema de saúde liberal como o dos Estados Unidos, a proposta da UHC poderia ser considerada um avanço, o que seria diferente de sua aplicação em um país que adota o UHS, como no caso do SUS brasileiro.

A defesa da restrita e focalizada Cobertura Universal de Saúde sustenta-se pelo argumento de que com a crise fiscal do Estado – principalmente depois da crise econômica de 2007/2008 – os entes estatais não estariam em condições de garantir saúde universal para todos sem contrapartida financeira dos prováveis cidadãos-consumidores beneficiados.

¹⁶⁵ O “Obamacare”, lei federal sancionada pelo então presidente dos Estados Unidos da América – Barack Obama – em 23 de março de 2010, denomina-se Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) ou Affordable Care Act (ACA), tornando-se o projeto mais relevante na área da saúde dos EUA desde 1965, ano em que foram aprovados os planos Medicare e Medicaid. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ148/pdf/PLAW-111publ148.pdf>. Acesso em 21 out. 2019.

Portanto, seria preciso “universalizar” a saúde por meio da expansão dos planos privados, os quais ofertariam serviços de acordo com o decil de renda apresentado pelo consumidor.

Relativamente a essa argumentação em defesa da UHC e diante da crise do Estado, Giovanella e colaboradores (2018) manifestam discordâncias sobre se a cobertura de atenção de média e alta complexidade seria realmente viável pela via do mercado privado:

Na concepção UHC subentende-se que o setor público é insuficiente para atender as demandas de saúde da população. Defende-se a privatização do seguro e da prestação de serviços de saúde, sob o argumento de que a provisão privada seria mais eficiente, afirmação que carece de evidências. Prestadores privados respondem a demandas e não às necessidades de saúde da população; se instalam em áreas de maior desenvolvimento socioeconômico; ofertam serviços mais rentáveis; prestam mais serviços desnecessários e mais frequentemente violam padrões da boa prática médica; são menos eficientes e têm resultados inferiores em saúde do que os serviços públicos. Porém, proveem atenção mais oportuna e cuidados mais personalizados (GIOVANELLA *et. al.* 2018, p. 1766).

Barros, Delduque e Santos (2016) apontam a fragilidade da sustentação de um projeto de saúde baseado na UHC, pois o cumprimento de algumas condições pelo indivíduo para que obtenha acesso à saúde por meio de desembolso direto, contratação de seguros ou plano de saúde, contribuição, entre outras modalidades, limitaria o alcance da efetivação do direito humano e fundamental à saúde. Segundo os autores, “tornar majoritária a lógica do mercado e deslocar o Estado às sombras, ao papel coadjuvante, quiçá caritativo, é alterar a compreensão posta para (...) o direito à saúde” (BARROS; DELDUQUE; SANTOS, 2016, p. 48).

Segundo Giovanella e colaboradores (2018), enquanto no UHS há abrangência de cobertura para a completa integração do tecido social por meio da absorção e divisão de custos por toda a sociedade, fomentando a redistribuição e, conseqüentemente, garantindo acesso aos serviços de saúde aos mais desprovidos de renda em igualdade de condições com outras camadas sociais de melhor nível financeiro; a UHC, por outro lado, fomenta a restrição do acesso, pois há oferta de diferentes modalidades de cestas de serviços para diferentes tipos de bolsos. De acordo com os autores, “nos seguros privados pode-se alcançar um *pooling* de riscos, mas o preço dos prêmios é calculado com base nos riscos, independente da capacidade de pagamento das famílias, sem promover equidade” (GIOVANELLA *et al.*, 2018, p. 1766).

Giovanella e colaboradores (2018) traçam, no quadro abaixo, as respectivas diferenças de concepção entre a cidadania residual promovida pela UHC e a cidadania plena promovida pela UHS:

Quadro 8 - Características contrastadas dos modelos de cobertura universal de saúde (UHC) e sistema universal de saúde (UHS)

Características	UHC	Sistema Universal
Concepção de saúde	Saúde como mercadoria	Saúde como direito universal
Papel do Estado	Mínimo Restrito à regulação do sistema de saúde; Separação explícita de funções de financiamento/compra e prestação de serviços	Bem-estar social Responsável pelo financiamento, gestão e prestação dos serviços de saúde
Financiamento	Combinação (<i>pooling</i>) de fundos públicos e privados (prêmios de seguros, contribuições sociais, filantropia, impostos)	Fundo público com receitas de tributos (impostos gerais e contribuição para seguros sociais)
Ênfase das reformas	Subsídio à demanda para aquisição de seguros; Seletividade da cesta e focalização nos mais pobres	Subsídio à oferta para garantia de acesso equitativo
Elegibilidade / Titularidade	Acesso segmentado, conforme filiação a algum seguro (privado ou público)	Acesso universal como condição de cidadania
Eficiência do sistema	Aumenta custos operacionais e administrativos; Gastos totais em saúde mais elevados	Menores custos operacionais e administrativos; Reduz custos unitários por economia de escala; menores gastos totais por maior regulação da oferta
Desenho do sistema de serviços	Serviços fragmentados, sem territorialização	Serviços organizados em rede, territorializados, orientados pela APS
Abordagem de APS	Seletiva	Integral
Prestação	Serviços prestados principalmente pelo setor privado	Serviços prestados principalmente pelo setor público
Cesta de serviços	Restrita (pacotes básicos/mínimos) Explícita	Abrangente (atenção integral) Implícita

Integralidade	Centrada na assistência individual e serviços biomédicos; Dicotomia entre cuidados individuais e coletivos	Integração entre cuidados individuais e ações de saúde pública; Integra promoção, prevenção e cuidado
Determinantes sociais de saúde	Não contempla abordagem DSS Possibilidade de ação intersetorial restrita	Contempla abordagem DSS Possibilidade de ação intersetorial facilitada
Cidadão	Consumidor/objeto	Protagonista/sujeito
Cidadania	Residual	Plena
Efeitos de solidariedade	Restritos	Abrangentes
Equidade	Cristaliza as desigualdades de acesso e uso conforme renda e inserção social; Acesso condicionado à capacidade de pagamento individual	Garantia de acesso e uso a serviços de saúde entre os grupos sociais para necessidades iguais, independente da capacidade de pagamento
Ideologia	Liberal	Social-democrata
Países alvo	Países de baixa e média renda	Todos os países

Fonte: Giovanella *et al.* (2018).

Destarte, conclui-se que a aplicação da Cobertura Universal de Saúde – defendida por agentes de organismos internacionais – em países de Sistema Universal de Saúde (UHS) poderia ser considerada um retrocesso, pois atentaria, na especificidade do caso brasileiro, contra os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) Constitucional. Tal medida representa uma modalidade de acesso à saúde condizente com o conceito de mínimo existencial, pois ofertaria um pacote mínimo de saúde para a população mais necessitada, focalizando uma assistência residual e desfigurando, dessa maneira, as noções de universalidade, integralidade e equidade, características basilares do sistema universal brasileiro.

Vimos, portanto, que nosso direito à saúde – estruturado e consolidado pela Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde – apresenta como características principais as concepções de universalidade, integralidade e participação social, todas elas subsumidas em um sistema universal de saúde (SUS) que ratifica esse direito social fundamental de relevância pública como direito de todos e dever do Estado.

Sendo assim, concordamos com a proposição de que a aplicação do mínimo existencial limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário represado por restrições

orçamentárias, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis, nem reconhecendo seus objetivos, fundamentos e princípios. Situação em que veríamos obstaculizadas as conquistas e anulada a ratificação do direito sanitário constitucional brasileiro, podendo ainda impactar negativamente a efetividade da justiça na questão de julgamentos de demandas relativas à saúde pública.

Por mais que as interpretações e ilações em prol da aplicação do mínimo existencial – construídas ou por doutrinadores ou por ministros da suprema corte – se deem segundo um sentido positivo e benevolente de atendimento da demanda sanitária inerente à questão do supraprincípio da dignidade da pessoa humana ou do direito inalienável à vida, trazem simultaneamente em seu bojo o risco de restringir a cobertura e o acesso à universalidade e à integralidade das ações e serviços públicos de saúde (ASPS) quando se trata do direito constitucional à saúde.

Portanto, constatamos que o princípio do mínimo existencial – seja em sua interpretação e aplicação doutrinária ou jurisprudencial via STF – exerce uma função, indiretamente ou não, de retrocesso normativo sócio-sanitário quando confrontado com os objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional. Principalmente por explicitar um mínimo sanitário básico e restrito frente a um direito constitucional de caráter universal, integral e equânime, obstando as normas constitucionais estipuladas.

Sendo assim, finalizamos a análise dos impactos e reflexos da aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial – explicitados nos capítulos 2 e 3 desta tese – no direito constitucional à saúde, concluindo que ambos os princípios podem ser considerados como retrocessos normativos sócio-sanitários em relação à consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil.

O princípio da reserva do possível seria considerado um retrocesso por servir de justificativa jurídico-econômica para a ratificação da conjuntura de subfinanciamento da política pública de saúde, fato consolidado pela aprovação e vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que limita os gastos públicos em saúde por vinte exercícios financeiros (2016-2026). E o princípio do mínimo existencial por restringir principalmente a universalidade e a integralidade do direito constitucional à saúde, haja vista a maior parte da doutrina e das decisões judiciais a respeito utilizar como justificativa jurídico-política a proposta da cobertura universal de saúde – CUS/UHC aventada no Brasil.

Dessa forma, urge pensarmos alternativas doutrinárias e jurisprudenciais coerentes com a consolidação do direito constitucional à saúde em nosso contexto político e econômico para não endossarmos projetos de retrocessos sanitários que tenham o intuito de restringir e, até mesmo, extinguir o SUS de nossa Constituição.

No próximo e último capítulo desta tese, proporemos – também lastreados na revisão bibliográfica da doutrina e nas decisões jurisprudenciais do STF – alternativas e propostas de cunho jurídico-político e jurídico-econômico para enfrentar os retrocessos sanitários aqui apresentados. Buscamos, dessa maneira, apresentar instrumentos que sirvam ao propósito da consolidação do direito constitucional à saúde e que, ao mesmo tempo, se mostrem consoantes com os objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional. Desse modo, almejamos responder a pergunta central desta tese: em uma conjuntura jurídica de retrocessos políticos e econômicos, haveria alternativas para a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil?

4 ALTERNATIVAS CONSTITUCIONAIS PARA A CONSOLIDAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: afirmando o direito à saúde

Diante das propostas de retrocessos sócio-sanitários representadas pela implementação, tanto em nossa doutrina quanto em nossa jurisprudência, dos princípios da reserva do financeiramente possível e do mínimo existencial; abordaremos, a partir deste momento, elaborações alternativas lastreadas na Constituição Federal que possam se contrapor a esses retrocessos e consolidar a implementação universal, integral e equânime do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. Buscamos com isso ratificar a eficácia do direito constitucional à saúde em nossa conjuntura jurídica.

Recapitulando, constatamos que o princípio da reserva do financeiramente possível insere-se em um contexto de retrocesso social em nosso país com a aprovação e vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que institucionalizou o denominado Novo Regime Fiscal (NRF), isto é, um teto de gastos que pode durar até vinte exercícios financeiros, impactando diretamente o SUS, o que pode levá-lo a uma situação de desfinanciamento crônico.

Também constatamos que o princípio do mínimo existencial se insere em um contexto de retrocesso social no Brasil com o advento da ideia de uma Cobertura Universal de Saúde – CUS/UHC, aplicada de forma focalizada e residual. Tal proposta contrapõe-se ao nosso sistema universal de saúde (UHS), representado pelo SUS, pois atingiria seu núcleo constitucional baseado na integralidade, universalidade e equidade.

Destarte, neste último capítulo da tese, abordaremos alternativas para a consolidação do SUS em nosso país, confrontando os retrocessos sociais analisados nos capítulos anteriores. As alternativas que lançaremos com o propósito de completa efetivação do direito constitucional à saúde são de dois tipos: a) alternativas jurídico-políticas; e b) alternativas jurídico-econômicas.

Em primeiro lugar, sistematizaremos duas propostas jurídico-políticas para a efetivação do direito constitucional à saúde no Brasil: a) o princípio da proibição do retrocesso social; e b) o direito à saúde como um direito de relevância pública. Logo após, abordaremos duas propostas jurídico-econômicas para a consolidação do SUS no Brasil: a) a taxação das grandes fortunas; e b) a auditoria da dívida. Ambas as alternativas, estipuladas para se contraporem aos retrocessos sócio-sanitários, são baseadas no documento jurídico de maior importância e efetividade de um país: a Constituição da

República Federativa do Brasil, colocando nossa análise sempre em um debate ínsito ao Direito Constitucional Sanitário.

As propostas aqui elencadas, tanto de conteúdo jurídico-político quanto de caráter jurídico-econômico, fazem parte das alternativas constitucionais em prol da consolidação do SUS em nosso país. Ao pautá-las, buscamos responder a seguinte pergunta: em virtude dos impactos ocasionados pelos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, existiriam propostas e alternativas – baseadas na Constituição Federal – que poderiam ser utilizadas como instrumentos de consolidação do direito fundamental à saúde no Brasil?

Para responder a essa questão, abordaremos, como inicialmente relatamos, um total de quatro propostas divididas em duas de caráter jurídico-político – princípio da proibição do retrocesso social e direito à saúde como direito de relevância pública – e duas de caráter jurídico-econômico – taxação das grandes fortunas e auditoria da dívida. Reafirma-se que essas propostas e alternativas para a consolidação do direito à saúde no Brasil são enunciadas e sistematizadas sempre com base no principal documento normativo de nosso campo jurídico: a Constituição da República Federativa do Brasil.

Para a consecução do objetivo delineado, utilizaremos a metodologia da revisão de literatura de tipo narrativa, em que consiste relatar “publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o ‘estado da arte’ de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual” (ROTHER, 2007, p. 1).

Para essa revisão narrativa, nos valem da coleta de material de pesquisa científica, sempre em uma tentativa de análise crítica dos instrumentos conceituais aqui contidos. A fim de logarmos êxito nesse intuito, foram utilizados artigos científicos, teses, dissertações, livros e decisões de jurisprudência do STF, ocasião em que analisaremos de maneira dialética os principais conceitos e doutrinas e a interação realizada entre essas fontes.

4.1 DO CONCEITO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A primeira proposta jurídico-política que apresentamos para a consolidação do direito constitucional à saúde refere-se ao princípio da proibição do retrocesso social¹⁶⁶. Para

¹⁶⁶ Em relação ao aspecto terminológico, muitas são as denominações dadas a esse princípio, consolidando-se no direito pátrio o termo princípio da proibição do retrocesso social (Ingo Sarlet) ou princípio da vedação do retrocesso social (José Vicente Mendonça). Em Portugal, adota-se os termos princípio da proibição da evolução reacionária (J.J. Gomes Canotilho) ou princípio da não reversibilidade dos direitos sociais (Cristina Queiroz). Na Espanha, costuma-se adotar a terminologia “principio de no regresividad” (Gerardo Pisarello)

atingirmos o objetivo de retratá-lo como uma alternativa aos retrocessos sócio-sanitários, analisaremos, inicialmente, o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial de seu conceito no direito europeu – Alemanha, Itália e Portugal –, para, a seguir, apresentarmos sua evolução em nosso direito pátrio. Adicionalmente, descreveremos seus respectivos impactos diante das decisões do STF. Cumpridas essas etapas, apresentaremos os fundamentos que nos permitem fixar o princípio da proibição do retrocesso social como instrumento a ser utilizado para a aplicação do direito constitucional à saúde, com base em nossa Constituição Federal.

Preliminarmente, tomando o princípio da proibição do retrocesso social em referência aos Tratados Internacionais, temos que sua sistematização inicial se deu a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, que explicita em seu art. 30:

Artigo 30º

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados (DUDH, art. 30, 1948, ONU, grifo nosso).

Posteriormente, na redação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, em seu art. 2.1, também há menção implícita ao princípio da proibição do retrocesso social:

Cada um dos Estados Signatários do presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a cooperação internacional, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para **progressivamente** obter, por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas em particular, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos (PIDESC, art. 2.1, 1966, ONU, grifo nosso).

Dessa forma, segundo Canotilho (2016), o princípio da proibição do retrocesso social caracteriza-se pela manutenção do núcleo essencial dos direitos sociais constitucionalizados, consubstanciando-se em uma agressão à Constituição quaisquer

e, na Alemanha, são utilizadas as expressões “Nichtumkehrbarkeits theorie” ou “Rückschrittsverbot” (Rolf Schlenker) (FUHRMANN, 2014).

medidas anulatórias ou revogatórias desse núcleo essencial, sem o devido substitutivo que possa garantir a efetivação desses direitos.

O princípio da proibição do retrocesso social, portanto, está inserido na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do agente de Estado, seja este de quaisquer dos poderes – Legislativo, Executivo ou Judiciário –, aos ditames constitucionais relativos aos direitos sociais. Uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social – aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado ou por particulares –, queda-se proibida a supressão ou redução dessa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (MIOZZO, 2012).

A doutrina e a jurisprudência, partindo de um ponto de vista lógico-dialético, demonstram a ambivalência da bivetorialidade (DERBLI, 2007) que caracteriza o agir do Estado em relação aos direitos sociais. Ou seja, na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, assim como a criação de normas infraconstitucionais, há, ao mesmo tempo, um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas, que vão de encontro às conquistas ratificadas em termos de legislação, com o escopo de usurpá-las ou relativizá-las ao alvedrio do momento, sob pena de deixar-se de cumprir, por via reflexa, o dever concretizador dos direitos sociais.

Fuhrmann (2014) conceitua o princípio da proibição do retrocesso social de forma mais completa, considerando a amplitude que o ordenamento constitucional confere aos direitos fundamentais, nos seguintes termos:

(...) um princípio jurídico decorrente do sistema jurídico nacional e do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos que invalida todo e qualquer ato estatal, praticado de forma comissiva, tanto do Legislativo quanto do Executivo, que, mesmo não retroagindo no âmbito das posições jurídicas já consolidadas pelo instituto do direito adquirido, retroceda na densificação infraconstitucional dos direitos sociais assegurados ao nível da Constituição, seja no conteúdo da norma, seja na abrangência dos seus titulares, sem que haja, concomitantemente, previsão de política compensatória ou alternativa (FUHRMANN, 2014, pp. 49-50)

Já Canotilho (2004), que apesar de fazer a ressalva sobre a inutilidade do princípio da proibição do retrocesso social frente a uma crise econômica estrutural que inviabilize a continuidade da proteção dos direitos fundamentais, formulou uma conceituação mais direta e explícita sobre a função jurídica do princípio em relação à defesa dos núcleos essenciais dos respectivos direitos:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 2004, p. 340).

O princípio da proibição do retrocesso social foi sistematizado, inicialmente, na maioria dos países da Europa Ocidental, adquirindo maior destaque especificamente em três deles: Alemanha, Itália e Portugal. Estes, por apresentarem uma tradição jurídica romano-germânica que também influencia nosso constitucionalismo pátrio, servem de parâmetro para a introdução do tema em seu sentido histórico-conceitual.

A seguir, analisaremos como o princípio em questão se desenvolveu em cada um desses países.

4.1.1 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Alemanha

A Alemanha é um caso clássico quando se trata da análise da origem do princípio da proibição do retrocesso social por dois fatores primordiais: atuação do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e ampliação do conceito de propriedade relacionada especificamente à seguridade social.

Também merece destaque a teoria da irreversibilidade – *Nichtumkehrbarkeits theorie* – desenvolvida por Hesse (1998), segundo a qual o Estado e todos os seus agentes estariam vinculados à cláusula do Estado Social estipulada pela Constituição Alemã quanto “à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo” (HESSE, 1998, p.175). Continuando, Hesse (1998) afirma que “na medida em que o programa dos direitos sociais seja realizado, esses direitos, sobretudo no domínio da segurança social, podem alcançar a eficácia de uma garantia constitucional” (HESSE, 1998, p. 99).

Depois de ter passado por duas guerras mundiais, sendo seu território dividido geograficamente por quatro países sob duas ideologias¹⁶⁷ e com uma das maiores inflações do continente, resultado de uma forte crise econômica que quase paralisou o país, o

¹⁶⁷ Alemanha Ocidental, sob comando dos Estados Unidos capitalista e Alemanha Oriental, sob domínio da União Soviética socialista. Tal fato se consubstanciou no contexto da Guerra Fria do Século XX.

Tribunal Constitucional alemão resolveu resgatar as melhores “tradições weimarianas”¹⁶⁸ ampliando o conceito de propriedade. Este passou a não se limitar apenas aos bens móveis ou imóveis, mas a abarcar também os bens que estariam garantidos ulteriormente por lei, o que podemos classificar como propriedade *a posteriori*, ou expectativa de propriedade, já que o modelo clássico de propriedade – baseado no modelo civilista – estava, por condições conjunturais e concretas de crise pós-guerra, praticamente inviabilizado (BÖCKENFÖRDE, 1993).

Dessa forma, Sarlet (2012) pontua que, na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal ratificou a proteção tanto do direito adquirido quanto das expectativas de direitos, não permitindo o retrocesso social de posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público, tais como aposentadorias, pensões, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho, entre outros. Com isso, poderia oferecer aos indivíduos segurança quanto aos seus direitos patrimoniais relativos à seguridade social, especificamente, neste caso, a previdência. Trata-se de conceito funcional de propriedade, que se aproxima da “propriedade social”¹⁶⁹ (CASTEL, 2010) considerada como intransferível e indisponível para a venda no mercado.

A partir dessa decisão, na conjuntura da crise do denominado Estado-Providência da Alemanha Ocidental, houve reflexos em todo o ordenamento jurídico-político, pois, dessa maneira, os bens dos cidadãos germânicos não compreendiam somente os bens que titularizavam, mas também, e, principalmente, os rendimentos próprios do seu trabalho ou os que, ulteriormente, viessem a substituí-los, como no caso dos proventos de aposentadoria.

Sendo assim, conclui-se que a seguridade social era uma propriedade e estaria garantida não apenas nos casos dos direitos adquiridos, como também nos casos em que se verificaria mera expectativa de direito, devendo ser protegida pelo princípio da proibição

¹⁶⁸ “Como bem demonstrou Peter Badura, **a partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff ainda na época de Weimar**, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos” (SARLET, 2008, p. 17, grifo nosso).

¹⁶⁹ Castel (2010) trata da propriedade social no capítulo VI da Segunda Parte – Do Contrato ao Estatuto de sua clássica obra “As Metamorfoses da Questão Social”, abordando uma série de documentos e autores para construir seu argumento em prol de uma propriedade social.

do retrocesso social, ampliando, dessa forma, a hermenêutica jurídica em prol dos beneficiários e, por via reflexa, de toda a população usuária¹⁷⁰.

Portanto, o Tribunal Constitucional Alemão estendeu aos direitos patrimoniais em face do Estado a vinculação entre o direito de propriedade privada e sua função social contida na liberdade individual, na medida em que a liberdade na esfera patrimonial é sucedânea da autonomia de cada um para conduzir sua existência perante as intempéries do quadro histórico que guia a coletividade-povo (MÜLLER, 2003). Logo, a supressão de direitos subjetivos públicos de natureza patrimonial, sem a existência de compensação, seria inconstitucional. Sendo assim, as aposentadorias e pensões e o seguro-desemprego, que formariam a seguridade social, seriam benefícios previdenciários em que a proteção constitucional em questão se apresentaria (KRELL, 2002)¹⁷¹.

Essa ampliação não se restringiu apenas ao conceito, mas também ao ramo jurídico, pois a propriedade saía da análise do ramo civilista de direito e também passava a fazer parte das interpretações advindas do ramo constitucionalista do direito, no qual estava sendo sedimentado o princípio da proibição do retrocesso social.

4.1.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Itália

Assim como na Alemanha, o doutrinador e juiz do Tribunal Constitucional Konrad Hesse teve influência inegável na formulação do princípio da proibição do retrocesso social na Itália, a partir de elaborações apresentadas principalmente por dois grandes constitucionalistas: Balladore Pallieri¹⁷² e Gustavo Zagrebelsky¹⁷³.

A fim de sustentar a tese do princípio da proibição do retrocesso social, Pallieri (1976) enumera hipóteses em que a Constituição italiana (1947) estabelece para o

¹⁷⁰ Segundo Sarlet (2012), nem todos os direitos subjetivos patrimoniais estão abrangidos por essa proteção, sendo necessária a conjugação de três requisitos: 1) que o titular do direito tenha contribuído financeiramente e de forma não irrisória para sua implementação; 2) que o direito envolvido tenha natureza patrimonial, com proveito privado para o seu titular; 3) que o direito patrimonial sirva para garantir a existência de seu titular (SARLET, 2012, pp. 111-143).

¹⁷¹ A Lei fundamental de Bonn, enquanto uma clara opção política receosa quanto ao desfecho da Constituição de Weimar, resolveu não contemplar os direitos sociais entre o rol dos direitos fundamentais, limitando-se a qualificar, de uma forma genérica, a Alemanha enquanto um Estado Social (art. 20, § 1, LF/49 “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”; art. 28, § 1, LF/49 “Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen”) (Cf. JARASS; PIEROTH, 1995. pp. 443 e ss).

¹⁷² Foi presidente da Corte Europeia de Direito do Homem, com sede em Strasburgo, tendo seu mandato na Corte durado de 1959 a 1980, ano de seu falecimento.

¹⁷³ Foi nomeado para o Tribunal Constitucional Italiano em 1995, exercendo sua presidência no ano de 2004.

legislador a obrigação de editar ato normativo. O raciocínio de Pallieri dialoga com Silva (2016) sobre a efetividade das normas constitucionais, de eficácia plena, limitada e contida¹⁷⁴.

Pallieri (1976) divide os direitos fundamentais sociais da Constituição em dois agrupamentos: os de eficácia contida e os de eficácia limitada. O primeiro deles diz respeito às normas constitucionais em que se prevê, de forma integralmente nítida, o conteúdo de um direito individual, cabendo ao legislador estabelecer limites razoáveis ao seu exercício; o segundo grupo, por sua vez, diz respeito às normas constitucionais que se dirigem primordialmente ao legislador, de modo que sem a edição de lei, não poderão gerar todos os seus efeitos.

O constitucionalista italiano destaca que seria inconstitucional qualquer lei que dispusesse em contrário ao que a Constituição emana. Além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário estaria terminantemente proibido de contribuir para retornar a uma situação de ausência ou insuficiência de regulamentação infraconstitucional, revogando a lei antes editada. Estaria, nessa elaboração, o princípio da proibição do retrocesso social.

Segundo extrato da obra de referência de Pallieri (1976), o autor refere-se da seguinte forma especificamente sobre o direito à saúde na Constituição italiana:

Existem no nosso ordenamento meios para impedir o legislador de legislar em certas matérias que lhe estejam vedadas; mas não existem para forçá-lo a legislar nos casos em que lhe é imposto que o faça. Estas normas da Constituição têm assim uma eficácia assaz menor do que as outras, dependendo, em última análise, da boa vontade do legislador ordinário. Todavia, produzem um efeito, ao menos indireto, notabilíssimo. Elas prescrevem uma via a seguir à legislação ordinária; não conseguem constringer juridicamente o legislador a seguir essa via, **mas compelem-no pelo menos a não seguir uma via diferente. Seria anticonstitucional a lei que dispusesse de maneira contrária à que a Constituição ordena. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar sobre os seus passos** (PALLIERI, 1976, pp. 405-06, grifo nosso).

Zagrebelsky (2011) também vai pelo mesmo caminho ao afirmar que as normas constitucionais que garantem os direitos fundamentais sociais produzem a proibição de que a lei retorne ao estágio anterior à sua concretização, ratificando desta forma o pensamento

¹⁷⁴ Silva (2016) consolidou no Direito brasileiro a “Teoria da Efetividade e Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, classificando-as em normas constitucionais de aplicabilidade imediata e de eficácia plena; de aplicabilidade imediata e de eficácia contida ou restringível e de aplicabilidade mediata e de eficácia limitada.

de Pallieri e sistematizando de forma incisiva o princípio da proibição do retrocesso social na Itália. O constitucionalista italiano explica que, mesmo que se entenda que os direitos sociais insculpidos na Constituição não sejam direitos subjetivos e, conseqüentemente, produzam apenas uma obrigação política para o legislador, as normas constitucionais que impõem o progressivo desenvolvimento dessa espécie de direitos resultarão na vedação de que a lei retroceda e retorne ao estágio prévio à sua concretização.

Ressalte-se que esse pensamento italiano se igualará em vários pontos ao pensamento lusitano sobre o princípio ora estudado, haja vista que se tratou da impossibilidade, uma vez dada a concretização em sede legislativa da norma constitucional, de uma revogação dessa disciplina legal a gerar retorno a um estado equivalente à omissão do legislador ou de qualquer agente de Estado em um âmbito democrático.

4.1.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social em Portugal

O desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso social em Portugal é bastante rico e profundo, influente e influenciado por outros constitucionalistas. Portugal marcou de forma especial o estudo desse princípio por meio de vários conceitos e análises que demonstraremos a seguir.

Primeiramente, constatamos uma mudança profunda na conjuntura política de Portugal a partir da década de 1970. O país derrotava um regime totalitário com a Revolução dos Cravos de 1974 e estava sob a guarda da Constituição Democrática de 1976, que influenciaria toda uma geração de constitucionalistas. Mas, poucos anos depois, Portugal também sucumbiria às mudanças promovidas pela globalização econômica, principalmente em relação à diminuição dos investimentos em políticas públicas, o que o levou a embarcar em um período de crise e de retirada dos direitos fundamentais sociais (OTERO, 2016; FARIA, 2017).

O exemplo mais gritante desse período de crise do Estado Social português – que atingiu seu ápice na década de 1980 – foi a tentativa de extinguir o Serviço Nacional de Saúde (SNS)¹⁷⁵, que é um serviço público universal para os seus cidadãos, com o intuito de privatizar completamente o setor (CANOTILHO, 1998).

¹⁷⁵ O Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de junho, revoga grande parte da Lei do Sistema Nacional de Saúde (SNS) português – (Lei n.º 56/79, de 15 de setembro) –, o que o Tribunal Constitucional viria, quase dois anos depois, no Acórdão n.º 39/84, de 11 de abril, a declarar inconstitucional, por se traduzir “na extinção do Serviço Nacional de Saúde” e, por isso, contender “com a garantia do direito constitucional à saúde”. O

Tal manobra foi rechaçada pelo Tribunal Constitucional português que, no Acórdão n° 39, de 11 de abril de 1984 – relatado pelo ministro Vital Moreira¹⁷⁶ –, proferiu uma das maiores defesas dos direitos sociais com base no princípio da proibição do retrocesso social. O Acórdão 39/84, publicado pela suprema corte lusitana, defendia que o SNS era o instrumento da realização do direito à saúde, portanto, constituía um elemento integrante e integrador de um direito fundamental dos cidadãos, e, por isso, era uma obrigação do Estado. O direito à saúde, subsumido no SNS, era uma norma constitucional que assumia a natureza de uma verdadeira e própria imposição constitucional, concreta e permanente. Como conclusão, observa-se que os direitos sociais se traduzem para o Estado em obrigação de fazer, e não há necessidade, em um estado democrático, de serem abolidos uma vez criados.

Conforme trecho do Acórdão n° 39/84, que julgava a constitucionalidade do Sistema Nacional de Saúde (SNS) português, observa-se a construção argumentativa do princípio da proibição do retrocesso social:

Note-se que, em qualquer caso, se está perante normas constitucionais bem qualificadas:

- a) São verdadeiras e próprias “imposições constitucionais” e não simples “normas programáticas”;
 - b) Prescrevem concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas e abstratas linhas de ação;
 - c) Constituem meios de realização de direitos fundamentais.
- (...)

Impõe-se a conclusão: **após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior.** A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. **Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los.**

Esta conclusão decorre naturalmente da concepção constitucional do **direito à saúde como verdadeiro e próprio direito fundamental e do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização desse direito** (Tribunal Constitucional, Acórdão n° 39/84 – relator min. Vital Moreira, pp. 1464-5, grifo nosso).

Já Canotilho (1998), ao mesmo tempo em que defende os direitos sociais evocando o princípio da proibição do retrocesso social, também duvida de sua capacidade de conter as mudanças promovidas pela globalização econômica e suas crises, chegando,

Tribunal Constitucional teve aqui uma intervenção decisiva, quanto à necessidade constitucional de existência do SNS (Crisóstomo, 2016).

¹⁷⁶ Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/384993>. Acesso em 1º nov. 2019.

até mesmo, a propor, em seu texto “*Rever ou romper com a Constituição Dirigente?*”¹⁷⁷, um constitucionalismo moralmente reflexivo onde a contratualização¹⁷⁸ estaria acima das normas constitucionais.

O constitucionalista português advoga que, em função do princípio democrático, o legislador ou qualquer agente do Estado tem liberdade de atuação e legitimidade para estabelecer a disciplina infraconstitucional dos direitos sociais, podendo até mesmo alterá-la caso apresente uma alternativa de mesma eficácia, mas o agente do Estado jamais deve restringir de forma arbitrária o acesso aos direitos sociais previstos na Constituição e concretizados em lei:

(...) a irreversibilidade dessa concretização de direitos derivados a prestações (assistência social, saúde, subsídio de desemprego etc.) que significam o direito de judicialmente ser reclamada **a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social** (CANOTILHO, 1998, p. 374, grifo nosso).

Destarte, Miranda (2015) defende que as normas constitucionais devem ser legitimadas e consolidadas pela obtenção de um consenso básico perante a sociedade, por um tipo de pertencimento, daquilo que, se a *priori* era necessidade, vai-se tornando, pouco a pouco, uma naturalidade, uma espécie de salvaguarda a uma exequibilidade que se tenha adquirido.

Atualmente, o Tribunal Constitucional Português, frente às mudanças ocorridas na década dos anos 2000 – resultado das recentes crises econômicas e consequente fragilidade da soberania do Estado, principalmente em uma região periférica da Europa – e fundamentando-se no regime democrático de escolha livre de legisladores, considera que o princípio da proibição do retrocesso social deve se ater única e exclusivamente à preservação do núcleo central dos direitos sociais, aproximando-se de um mínimo

¹⁷⁷ Canotilho, ainda sob influência da Revolução dos Cravos, caracterizou a Constituição Dirigente como a que apresenta em seu texto uma programaticidade que se resumiria a normas-fins, normas-tarefas e imposições constitucionais, criando-se uma teoria das tarefas de Estado. Mas, com as mudanças políticas e econômicas ocorridas em seu país nos anos 1990, o constitucionalista português faz um giro teórico revendo a Constituição Dirigente, o que o leva a defender um pretensão relativismo na hermenêutica das normas constitucionais em virtude das várias interpretações em torno da globalização, neoliberalismo e suas principais consequências na efetivação dos direitos constitucionalizados, em especial os direitos sociais (BERCOVICI, 2004).

¹⁷⁸ Essa contratualização tem pouco a ver com a que foi fundada na ideia moderna de contrato social, pois passou a se assentar na ideia do contrato de direito civil, entre indivíduos, e não na ideia do contrato social, entre agregações coletivas de interesses sociais divergentes. Baseada em um consenso liberal, a nova contratualização é, como contratualização social, um falso contrato, uma mera aparência de compromisso constituído por condições impostas sem discussão ao parceiro mais fraco do contrato (hipossuficiente).

existencial restrito e focalizado. Resolução que obstaculiza a aplicação de direitos fundamentais sociais. Trata-se da “jurisprudência da crise” adotada pelo Tribunal Constitucional Português¹⁷⁹.

Depois de mapearmos os principais debates sobre o princípio da proibição do retrocesso social no âmbito do direito de alguns países europeus, iniciaremos a análise desse conceito em nosso direito pátrio, destacando a doutrina e a jurisprudência brasileiras a respeito do tema.

4.2 SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO BRASIL

Neste tópico relataremos a origem e desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso social em nosso país, tanto na doutrina jurídica quanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Busca-se, com isso, utilizá-lo como instrumento democrático-constitucional de afirmação do direito fundamental à saúde – em que pese alguns traços de fragilidade conceitual –, de modo a trazer, por fim, segurança jurídica ao Sistema Único de Saúde (SUS).

4.2.1 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Doutrina Brasileira

Nossa Constituição de 1988 foi promulgada com a participação de amplos setores da população, em um misto de conflitos e acordos. Depois de mais de 20 (vinte) anos sob o signo da ditadura militar (1964-1985), a sociedade brasileira foi protagonista de um ascenso de cidadania durante a década de 1980 que influenciou sobremaneira nossa Assembleia Constituinte (1986/88). Vários movimentos sociais surgiram e se organizaram cumprindo o papel democrático de pressionar os legisladores originários em prol da constitucionalização dos direitos fundamentais sociais e de um inédito capítulo denominado “Da Ordem Social”¹⁸⁰ (BONAVIDES, 2019).

¹⁷⁹ Em consequência da crise econômica de 2007/2008, firmou-se um acordo em 2011 entre Portugal e a Troika (Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia), denominado Plano de Ajustamento Econômico e Financeiro (PAEF), o que ficou compreendido como “Jurisprudência da Crise”, que se baseia em uma série de medidas de austeridade voltadas à redução do déficit orçamentário português, como a redução dos direitos sociais. “Jurisprudência da Crise” reflete a tensão entre a interpretação normativa da Constituição balizada pelo princípio da proibição do retrocesso social e a necessidade de ceder perante às exigências das circunstâncias (MARTINS; JABORANDY, 2017).

¹⁸⁰ Inédito por sua sistematização normativa, que foi inserida na Constituição de 1988 de forma autônoma e aprofundada. Em nossa Constituição atual, o Título VIII, Da Ordem Social, é apresentado em oito capítulos: I

Segundo uma análise do ponto de vista juspolítico, nossa Constituição recebeu profícuas influências do Estado Social e Democrático de Direito Europeu, pois, além de solidificar direitos liberais, também ratificou a importância dos direitos sociais e, completando a clássica geração dos direitos, os chamados direitos difusos e transindividuais. Tal feito tornou-a, assim, uma das constituições dirigentes mais completas e amplas do mundo ocidental (TRINDADE, 2011).

Uma curiosidade desse período, que só confirma nosso caráter de país tardo-capitalista (MANDEL, 1982), é que, enquanto no Brasil se dava a tentativa da construção do Estado Democrático e Social de Direito, na Europa este se encontrava em uma de suas maiores crises. Tal fato evidencia a cautela que devemos ter ao analisar países do centro e da periferia da geopolítica mundial, com o cuidado de não verter as ditas “ideias fora do lugar”¹⁸¹ (SCHWARZ, 2014).

Já a partir da década de 1990, com o advento da globalização em nosso país e a consequente abertura do mercado e flexibilização dos direitos, é que a nossa Constituição começa a sofrer ataques contra os direitos sociais, via emendas constitucionais, medidas provisórias e vários projetos de lei de iniciativa tanto do Legislativo quanto do Executivo. A doutrina e a jurisprudência também iniciam a absorção dos ditames desse novo período econômico e social, em que vige a desnacionalização e desconstitucionalização de direitos, na tentativa açodada de legitimar o corpo doutrinário vigente (FARIA, 2017). Tal como aconteceu na Europa, juristas brasileiros resistentes, tais como Silva e Barroso, começam a questionar as mudanças em questão e se levantam em defesa das conquistas da Constituição. Para tanto, utilizam como instrumento o princípio da proibição do retrocesso social.

O primeiro a analisar a questão sob essa ótica foi o constitucionalista Silva (2019), que defendia que as normas definidoras de direitos sociais seriam concebidas como normas programáticas de eficácia limitada, mas que a necessidade de emanção de ato legislativo não afastava a obrigatoriedade de sua efetivação. Entendia, ainda, que essa edição de ato

– Disposição Geral; II –Seguridade Social; III – Da Educação e do Desporto; IV – Ciência e Tecnologia; V – Comunicação Social; VI – Meio Ambiente; VII – Família, Criança, Adolescente e Idoso; e VIII – Índios. Nas constituições anteriores o mais próximo que se chegou ao nível de elaboração normativa atual foi a Constituição de 1934, a qual apresentava um capítulo sobre a Ordem Econômica e Social; nas demais, observa-se determinações esparsas e fragmentárias, sem uma sistematização efetiva sobre a temática da Ordem Social.

¹⁸¹ Sucintamente, Roberto Schwarz, ao discutir o liberalismo no Brasil do século XIX, nota que o que era originalmente ideologia na Europa, converte-se, nos trópicos, quando muito, em ideologia de “segundo grau”, daí o termo que utiliza como título de seu ensaio “As Ideias Fora do Lugar” (SCHWARZ, 2014).

normativo infraconstitucional é obrigatória, constituindo imposição constitucional de atividade legiferante.

Silva (2019) sustenta que imposições constitucionais advindas das normas constitucionais definidoras de direitos sociais indicam qual itinerário não seguir, de modo que seja taxada de inconstitucional a lei que percorrer o caminho vedado pela Constituição. E relata que lei nova não poderá desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançada e ratificada através de lei anterior, assim, está aqui a chave para a construção do princípio ora estudado.

Na esteira do que propôs Silva, também se tornou consenso entre doutrinadores brasileiros, tais como Barroso (2015) e Barcellos (2012), que o legislador não pode revogar norma infraconstitucional regulamentando a norma constitucional programática sem a criação de mecanismo substitutivo, o que acarretaria o esvaziamento do comando constitucional, como se o legislador dispusesse diretamente contra ele.

A maioria dos constitucionalistas brasileiros, quando trata do princípio da proibição do retrocesso social, recorre ao clássico pensamento de José Afonso da Silva, mas destacamos também outros juristas com importantes enfoques sobre o assunto, como Sarlet (2012), Miozzo (2012), Martins e Jaborandy (2017), Derbli (2007) e Conto (2008).

Sarlet (2012) pontua que nenhum direito deve ser interpretado como absoluto, nem mesmo o direito inalienável à vida. Seguindo essa lógica, o princípio da proibição do retrocesso social não pode se apresentar como óbice a alterações no âmbito dos direitos fundamentais – cláusulas pétreas –, porém, o núcleo essencial desses direitos deve ser protegido, de maneira a jamais permitir a usurpação de progressos sociais e legais já alcançados. Os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, representam a identidade do Estado Democrático e Social de Direito, devendo ser protegidos sob a guarida principiológica do não-retrocesso contra políticas casuísticas e arbitrárias, mesmo as de iniciativa de atividade dos parlamentares, em tese, representantes do povo.

Já Miozzo (2012) advoga pela tese de que o princípio da proibição do retrocesso social se encontra explicitado na Constituição de 1988, especificamente em seu art. 3º, inciso II, que explicita: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) **II - garantir o desenvolvimento nacional**” (CF/88, grifo nosso).

Miozzo (2012) sustenta que existe um mandamento constitucional dirigido ao Estado determinando um dever de progresso, ou seja, um dever de não ocasionar um

retrocesso, portanto, o princípio da proibição do retrocesso social possui previsão constitucional específica, a de “garantir o desenvolvimento nacional”.

A interpretação de Miozzo é reforçada por Martins e Jaborandy (2017), que defendem que, sob o ponto de vista da interpretação extensiva das normas constitucionais, o constituinte assegurou a irretroatividade da lei (art. 5º, XL), o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o princípio da garantia do desenvolvimento nacional (preâmbulo e art. 3º, II), o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), o princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e o princípio da proteção da confiança (art. 5º, XXXVI), todos relacionados ao princípio da proibição do retrocesso social.

Por sua vez, Derbli (2007) sustenta que o princípio tem teleologicamente a função de garantir o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais e, mais do que isso, a permanente obrigação constitucional de desenvolver essa concretização. Assim, não admite, de forma alguma, que se retroceda a um quadro sociojurídico já esgotado, distante do ideal proposto pela Constituição da República. Trata-se, portanto, de uma teleologia dialética, pois ao mesmo tempo que é garantista (negativa), também é avançada (positiva).

Derbli (2007) complementa o seu raciocínio da seguinte forma:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: **é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social** (DERBLI, 2007, p. 202, grifo nosso).

Entendemos ser interessante, ainda, abordar o princípio da proibição do retrocesso social à luz dos poderes estatais, analisando sua relação com as três funções do Estado, isto é, com a administração pública e, principalmente, com as funções legislativa e judiciária. Isso porque, para que o princípio estudado obtenha a maior validade possível, torna-se fundamental investigar sua relação com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O positivismo do Direito brasileiro, em sua visão mais banalizada, entende que a clássica definição sistematizada por Montesquieu sobre a separação dos poderes tem apenas uma função objetificada, ferindo, dessa forma, o efeito vinculativo e dirigente de nossa

Carta Política de 1988. O sentido que se deve buscar, ao interpretar o princípio da proibição do retrocesso social através da separação dos poderes, é que, além do controle – seja concentrado ou difuso – do poder, seria importante a cooperação harmoniosa com a finalidade da materialização dos preceitos constitucionais democráticos e sociais.

Destarte, o princípio da separação dos poderes, com seu *modus operandi checks and balances*, em consonância com o Estado Democrático de Direito, deve sempre evoluir como um instrumento de realização e, em hipótese alguma, como um empecilho para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, deve-se evitar interpretações antiquadas e em desacordo com a realidade quando pensamos em separação dos poderes, para não cairmos na armadilha da denominada hermenêutica de bloqueio (STRECK, 2017), que a pretexto de não permitir a intromissão de determinado poder na seara de competência de outro, admite, em efetivo, a violação de direitos fundamentais sob uma aparência de legalidade. É axiomático que a separação de poderes tem o fulcro de definir as competências de cada função estatal, mas tal intuito não pode servir de obstáculo para a realização dos direitos fundamentais sociais (MASCARO, 2013).

Sobre tema tão delicado – o princípio da proibição do retrocesso social e sua relação com a separação dos poderes – temos a esclarecedora análise de Conto (2008):

O princípio da proibição do retrocesso social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, vincula a todos os poderes estatais. Todavia, suas repercussões são peculiares em cada uma das funções estatais. **A aplicação do princípio no âmbito do Poder Legislativo** leva à constatação irrefutável de uma diminuição na liberdade de conformação legislativa, notadamente em respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; **quanto ao Poder Executivo**, a aplicação do Princípio nas suas atividades peculiares denota a importância da elaboração de políticas públicas condizentes com os preceitos constitucionais e da impossibilidade de retroceder nos direitos fundamentais realizados, sem algum tipo de compensação; **e, finalmente, ao Poder Judiciário**, cabe realizar o controle dos atos dos poderes, buscando adequá-los aos preceitos constitucionais dirigentes (CONTO, 2008, p. 97, grifo nosso).

Realizada a descrição analítica da construção conceitual do princípio da proibição do retrocesso social, discutiremos a seguir – coerentemente com todo o trabalho apresentado até aqui – a inserção do princípio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), por se tratar de um instrumento constitucional e se referir aos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde.

4.2.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): origem e desenvolvimento

Na jurisprudência do STF, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2065-DF¹⁸², ocorrido em 17/02/2000, foi o primeiro em que se tentou construir elaboração inicial do conceito do princípio da proibição do retrocesso social. Tal esforço se deu por meio do voto do relator da matéria, o então ministro Sepúlveda Pertence, que assim se manifestou:

(...) Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; **mas não pode retroceder – sem violar a Constituição** – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de norma constitucional (STF – ADI: 2065/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 17/02/2000, Tribunal Pleno, DJ. 04/06/2004, grifo nosso).

Já a primeira elaboração jurisprudencial explícita do princípio em comento na mais alta corte do país coube ao ministro Celso de Melo, no julgamento da ADI 3105-DF¹⁸³, realizado em 18/08/2004, e que apresentou como relatora a ministra Ellen Gracie. O voto do ministro Celso de Mello nivelou a compreensão sobre o princípio da proibição do retrocesso social aderente à melhor doutrina nacional e internacional, nos seguintes termos:

Refiro-me, neste passo, **ao princípio da proibição do retrocesso**, que, em tema de direitos fundamentais, de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), **impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive** (STF – ADI 3105/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 18/08/2004. DJ 18/02/2005, grifo nosso).

¹⁸² Essa ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) com o escopo de impugnar o art. 17 da Medida Provisória 1911-10/99, que revogava os artigos 6º e 7º da Lei 8212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei 8213/91, extinguindo, dessa forma, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260>. Acesso em 23 out. 2019.

¹⁸³ A referida ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, e respectivo parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas. Por sete votos a quatro, o STF considerou constitucional a cobrança de inativos e pensionistas, portanto, estou citando voto vencido do ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em 23 out. 2019.

Dando continuidade ao desenvolvimento terminológico do princípio da proibição do retrocesso social, um julgado importante na conceituação ampla e estrutural desse instrumento constitucional na jurisprudência do STF ocorreu no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo – Ag No RE 639.337/SP, datado de 23/08/2011, e que apresentou como relator novamente o ministro Celso de Mello. O tema julgado foi a responsabilidade do município de São Paulo em matricular criança em unidades de ensino infantil próximas de sua residência, segundo a seguinte ementa:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA – LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) – LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO – INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – **PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”** – **RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL** – PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA – QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” – INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF Ag No RE 639. 337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. J. 23/08/2011. DJ. 15/09/2011, grifo nosso).

No teor da ementa já se encontra uma sinalização da direção conceitual do princípio da proibição do retrocesso social e sua inerente importância, carregando de eficácia os direitos fundamentais sociais ao obrigar o Estado a efetivar políticas públicas constitucionalizadas, inclusive sob pena de multa.

A redação do voto em comento também foi a oportunidade para o ministro relator sistematizar, de modo cabal, a conceituação e utilidade na interpretação constitucional do princípio da proibição do retrocesso social, nos seguintes termos:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (STF Ag No RE 639. 337/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. J. 23/08/2011. DJ. 15/09/2011, grifo nosso).

O ministro Celso de Mello, no conteúdo de seu voto, aborda a concretização dos direitos fundamentais de cunho social e ratifica a eficácia destes, demonstrando que o direito à educação, assim como o direito à saúde, é um direito público subjetivo, que deve, portanto, exigir o cumprimento por parte do Estado.

Na compreensão do ministro Celso de Mello, ao Estado, por sua vez, não cabe a alegação do princípio da reserva do financeiramente possível, já que os direitos fundamentais sociais normatizados em nossa Constituição Federal são consagrados como cláusulas pétreas. Portanto, devem ser efetivados mesmo com a ressalva da proporcionalidade e razoabilidade na discussão sobre o orçamento, tal como vimos no segundo capítulo deste trabalho.

Dessa forma, não há dúvidas de que foram consistentes argumentações e debates que auxiliaram a dar maior peso ao estudo do princípio da proibição do retrocesso social em nosso país, com suas contradições e análises inovadoras, marcando a passagem da discussão das bancas acadêmicas para os campos de batalha judicial.

Mas ainda há um campo amplo de investigação do princípio da proibição do retrocesso social à luz de nossa realidade. Os estudos a serem levados a cabo devem considerar, entre outras coisas, características que englobem os mais variados âmbitos das

ciências humanas ou sociais aplicadas, já que se torna impossível estudar esse princípio sem ligá-lo aos aspectos políticos, sociais, culturais e econômicos que atingem nossa realidade. Exemplo disso é a recente aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que limita os investimentos da Seguridade Social brasileira por vinte exercícios financeiros, como vimos anteriormente, na oportunidade em que tratamos sobre a reserva do financeiramente possível.

Ressaltamos também a necessidade de uma discussão que se debruce com maior vigor sobre as fragilidades inerentes ao conceito, tais como sua interpretação e utilização sob a ótica da harmonia entre os poderes em um Estado Democrático de Direito, o que seria denominado de “diálogos interinstitucionais” (SARMENTO, 2010). Inserido nestes diálogos, debater-se-ia sobre a eficácia do princípio em países em desenvolvimento que enfrentam crises cíclicas das mais variadas consequências – a denominada “jurisprudência da crise”. Em contraponto, deve-se atentar para que o princípio não sirva a um imobilismo jurídico-político, congelando no tempo e espaço questões atinentes a reformas do quadro conjuntural.

De todas as definições aqui apresentadas, portanto, tanto em nível europeu quanto nacional, destaca-se, com as devidas reservas, o consenso conceitual acerca desse princípio, que pode ser resumido da seguinte forma: vedação ao legislador/agente do Estado de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social já consolidado. Esse é o principal norte conceitual do princípio da proibição do retrocesso social, a partir dele são sistematizadas variações que enriquecem e complementam o estudo desse instrumento jurídico.

4.3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE NO BRASIL

Constatamos que o Princípio em análise tem como função precípua obstaculizar qualquer tipo de retrocesso social que venha de encontro à efetivação de direito fundamental social normatizado em nossa Constituição Federal.

Mas no caso específico de nossa pesquisa, quais seriam os retrocessos sociais que estão ameaçando a consolidação do direito constitucional à saúde e inviabilizando os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), previstos em nossa Carta Política?

Os retrocessos sócio-sanitários que apontamos nesta tese são o princípio da reserva do financeiramente possível e o princípio do mínimo existencial. O primeiro representado pela aprovação e vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que implementou um limite de gastos públicos para os direitos sociais, inclusive para o direito à saúde, o qual reduz o orçamento ano a ano e consolida um desfinanciamento crônico da política pública de saúde. Essa medida tem como agravante a longa vigência estipulada, que se estende por um período de até vinte anos. O segundo ponto diz respeito ao advento da noção de Cobertura Universal de Saúde – UHC, ideia lançada por organismos internacionais e que traz em seu bojo a delimitação da atuação estatal a uma ação pontual e focalizada por meio de incentivo orçamentário e de gestão para a implementação de um SUS básico. Tal projeto é concebido para entregar ações e serviços de saúde parcos para o atendimento dos mais pobres, restringindo conceitos como universalidade, integralidade e equidade.

Podemos apontar aqui os quadros já detalhados e analisados nos capítulos anteriores que evidenciam retrocessos sociais – tanto no caso da EC 95/2016, quanto no caso da UHC/Cobertura Universal de Saúde – para termos uma melhor ideia dos retrocessos perpetrados contra a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil:

Quadro 9 - Retrocessos Sociais implementados pela EC 95/2016

Constituição Federal	Retrocesso Sociais
Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:	Viola limites materiais implícitos ao romper com a identidade constitucional, vocacionada à efetivação de direitos sociais.
Art. 60. (...) § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: II - o voto direto, secreto, universal e periódico;	Em tramitação no Senado Federal, não foram respeitadas as regras regimentais relativas à regular discussão da matéria. A Emenda Constitucional retira por cinco legislaturas a plenitude da atuação dos representantes eleitos, uma vez que estarão limitados na definição de temas centrais da gestão financeira da União com reflexo direto em direitos e garantias fundamentais: "Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato

	das Disposições Constitucionais Transitórias."
III - a separação dos Poderes;	A Emenda Constitucional, de iniciativa do Poder Executivo, cria limitações ao Poder Judiciário, portador de autonomia financeira: Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias: (...) II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;
IV - os direitos e garantias individuais.	A Emenda Constitucional implica em claro retrocesso na aplicação de recursos que importam na garantia de direitos fundamentais como saúde e educação.

Fonte: ADI 5715. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5203351>. Acesso em 23 out. de 2019 (grifo nosso).

Quadro 10 - Retrocessos Sociais implementados pela Cobertura Universal de Saúde – UHC

Características	UHC	Sistema Universal
Concepção de saúde	Saúde como mercadoria	Saúde como direito universal
Papel do Estado	Mínimo Restrito à regulação do sistema de saúde; Separação explícita de funções de financiamento/compra e prestação de serviços	Bem-estar social Responsável pelo financiamento, gestão e prestação dos serviços de saúde
Financiamento	Combinação (<i>pooling</i>) de fundos públicos e privados (prêmios de seguros, contribuições sociais, filantropia, impostos)	Fundo público com receitas de tributos (impostos gerais e contribuição para seguros sociais).
Ênfase das reformas	Subsídio à demanda para aquisição de seguros; Seletividade da cesta e focalização nos mais pobres	Subsídio à oferta para garantia de acesso equitativo

Elegibilidade / Titularidade	Acesso segmentado , conforme filiação a algum seguro (privado ou público)	Acesso universal como condição de cidadania
Eficiência do sistema	Aumenta custos operacionais e administrativos; Gastos totais em saúde mais elevados	Menores custos operacionais e administrativos; Reduz custos unitários por economia de escala; menores gastos totais por maior regulação da oferta
Desenho do sistema de serviços	Serviços fragmentados, sem territorialização	Serviços organizados em rede, territorializados, orientados pela APS
Abordagem de APS	Seletiva	Integral
Prestação	Serviços prestados principalmente pelo setor privado	Serviços prestados principalmente pelo setor público
Cesta de serviços	Restrita (pacotes básicos/mínimos) Explícita	Abrangente (atenção integral) Implícita
Integralidade	Centrada na assistência individual e serviços biomédicos; Dicotomia entre cuidados individuais e coletivos	Integração entre cuidados individuais e ações de saúde pública; Integra promoção, prevenção e cuidado
Determinantes sociais de saúde	Não contempla abordagem DSS Possibilidade de ação intersetorial restrita	Contempla abordagem DSS Possibilidade de ação intersetorial facilitada
Cidadão	Consumidor/objeto	Protagonista/sujeito
Cidadania	Residual	Plena
Efeitos de solidariedade	Restritos	Abrangentes
Equidade	Cristaliza as desigualdades de acesso e uso conforme renda e inserção social; Acesso condicionado à capacidade de pagamento individual	Garantia de acesso e uso a serviços de saúde entre os grupos sociais para necessidades iguais, independente da capacidade de pagamento
Ideologia	Liberal	Social-democrata
Países alvo	Países de baixa e média renda	Todos os países

Fonte: Giovanella *et al.* (2018). (Grifo nosso).

Os quadros acima, o primeiro deles apresentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5715, protocolada em 05/06/2017 no STF e ainda aguardando

juízo, e o segundo elaborado por Giovanella e colaboradores (2018), contendo os elementos caracterizadores da Cobertura Universal de Saúde – UHC, demonstram a síntese de um projeto de restrição eminentemente anticonstitucional em uma clara tentativa de inviabilizar o SUS, lastro jurídico-democrático de efetivação do direito constitucional à saúde em nosso país.

Caso esses retrocessos sigam no debate constitucional brasileiro sem nenhuma proposta alternativa em defesa do SUS que possa fazer frente a essa ofensiva restritiva, o direito fundamental à saúde poderá sofrer as seguintes perdas do ponto de vista da normatização constitucional: fragilização interpretativa de seu caráter de universalidade (art. 196, CF/88), retrocesso em sua classificação como único direito fundamental social de relevância pública (art. 197, CF/88)¹⁸⁴, restrição em suas diretrizes – descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (art. 198, CF/88) –, desfinanciamento crônico – inviabilizando a parcela de contribuição orçamentária dos entes públicos (art. 198, §1º, §2º, §3º) – e comprometimento de suas atribuições, como as de saneamento básico, vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador, entre outras (art. 200, CF/88).

Para que não ocorra um retrocesso social em suas normativas constitucionais, o direito à saúde deve ser hermeneuticamente protegido com a utilização criteriosa do princípio da proibição do retrocesso social ligado ao princípio da segurança jurídica, com o fito de manutenção de seu núcleo essencial, isto é, de preservação de seus objetivos, princípios e diretrizes, estabelecidos pela nossa Constituição Federal (arts. 196 a 200).

Destarte, interpretamos que o princípio da proibição do retrocesso social está acoplado constitucionalmente ao princípio da segurança jurídica, significando que a proteção dos direitos fundamentais já consolidados no texto da Carta Política se apresenta como inerente à natureza jurídica do Estado, não havendo possibilidade de restrição ao seu núcleo essencial. No caso específico do direito à saúde, a proteção deve se mostrar ínsita ao seu núcleo essencial sistematizado pelos arts. 196 a 200 da Constituição Federal, artífices da viabilidade do Sistema Único de Saúde.

Tremel (2012) sintetiza o protagonismo interpretativo do princípio da proibição do retrocesso social, apresentado como seu lastro protetivo o princípio da segurança jurídica,

¹⁸⁴ Veremos, no próximo tópico, as consequências de aplicação de uma alternativa jurídico-política do direito à saúde como um direito de relevância pública, com base na interpretação do art. 197 da Constituição Federal.

com o escopo de proteger os direitos fundamentais emanados pela nossa Constituição Federal:

A Constituição brasileira de 1988, na esteira das cartas modernas, atribuiu à segurança jurídica a importância que há muito era merecida. Basta olhar para a fundamentalização do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88). Tal reconhecimento deve-se acima de tudo, à insustentabilidade de um Estado Democrático de Direito sem a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas. A segurança jurídica tem, portanto, valor inquestionável na defesa da sociedade frente aos atos de despotismo do poder público. Desse modo, após consolidada e delineada uma garantia fundamental, **não pode o Estado quebrar a relação de confiança construída com os administrados e extirpar dos seus patrimônios jurídicos os direitos fundamentais que os protegem das brutalidades do cotidiano** (TREMEL, 2012, p. 1, grifo nosso).

Para Sarlet (2004), deve-se ter como material de interpretação constitucional a ideia consolidada de que um Estado de Direito está diretamente ligado a um Estado de segurança jurídica, lastreado em um princípio fundamental. Para esse autor, o princípio da segurança jurídica pode ser sintetizado pela concepção de proteção, pela via de prestações normativas e materiais, contra atos do poder público e de particulares que possam retroceder conquistas ratificadoras de direitos fundamentais sociais, como o direito constitucional à saúde. Acerca do ponto em que se nota a junção entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da segurança jurídica, o autor assim se manifesta:

(...) percebe-se que o tema ora versado desnuda também a genética e umbilical vinculação **entre o direito à segurança social (aqui considerado como abarcando um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e do direito à segurança jurídica**. Que a análise da problemática **relativa à proibição de retrocesso no âmbito dos direitos sociais não dispensa uma prévia compreensão das diversas facetas da própria proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro**, especialmente no tocante à sua fundamentação e seu significado, para que se possa, na sequência, abordar alguns aspectos ligados **ao alcance possível da proteção outorgada aos direitos sociais pela proibição de retrocesso**, vai aqui assumido como corolário lógico-sistemático da limitação temática ora proposta.

(...)

Neste contexto, poder-se-ia indagar, por exemplo, a respeito da possibilidade **de desmontar-se, parcial ou totalmente** (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parques benefícios no âmbito da assistência social e **os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário Sistema Único de Saúde**), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e

garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas e que bem revelam como tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia (SARLET, 2004, pp. 2-4, grifo nosso).

Como os direitos fundamentais sociais estão diretamente ligados ao supraprincípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proibição do retrocesso social exerce uma função protetivo-constitucional imprescindível ao nosso Estado Democrático de Direito, como a garantia da segurança jurídica e a consequente preservação dos direitos já adquiridos (VASCONCELLOS; LUIZ, 2015).

Outrossim, repisa-se que o princípio da proibição do retrocesso social pode ser hermeneuticamente interpretado como ferramenta de proteção aos direitos fundamentais sociais, inclusive o direito constitucional à saúde, impedindo o Estado de modificar os direitos sociais, por meio da flexibilização ou da restrição, e afastando, com isso, o risco da insegurança jurídica.

O princípio da proibição do retrocesso social deve ser, portanto, utilizado como ferramenta de proteção ao direito constitucional à saúde, em todo o seu arcabouço normativo previsto pela Constituição Federal (arts. 196 a 200), garantindo a segurança jurídica sanitária de permanência do nosso sistema universal de saúde – o nosso SUS.

Tal entendimento foi jurisprudencialmente ratificado, por exemplo, em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) – no Agravo Regimental – ARE nº 727864/PR, julgado em 04 de novembro de 2014, que impôs ao Estado o custeio de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em caso de inexistência de leitos na rede pública para o devido atendimento de seus pacientes, por meio do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU), pertencente ao SUS.

O ministro relator Celso de Melo, ao proferir sua decisão sobre o ARE em comento, conceituou o princípio da proibição do retrocesso social em relação à questão suscitada sobre o direito constitucional à saúde da seguinte forma:

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão **ou** pela formação social em que ele vive, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (...).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social **traduz**, no processo de sua concretização, **verdadeira dimensão negativa** pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (**como** o direito à saúde), **impedindo**, em consequência, **que os níveis** de concretização dessas prerrogativas, **uma vez atingidos**, venham a ser

reduzidos **ou** suprimidos, **exceto** na hipótese – de todo inócua na espécie – **em que políticas compensatórias** venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais (STF – ARE: 727864, Relator: Min. Celso de Mello, DJ. 04/11/2014, Segunda Turma, DP: Acórdão Eletrônico DJe – 223, Divulg 12-11-2014, Public 13-11-2014, grifo no original).

Evidentemente o princípio da proibição do retrocesso social, por si só, não será a panaceia para a resolução de todas as propostas de retrocesso contra o SUS e o direito à saúde, mas servirá como um dos elementos jurídico-políticos de proteção e segurança jurídica para a tentativa de consolidação integral dos objetivos, princípios e diretrizes da nossa Constituição Federal.

4.4 O DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO DE RELEVÂNCIA PÚBLICA: prioridade na efetivação constitucional do SUS

Ainda imbuídos da intenção de apresentar propostas e alternativas jurídico-políticas aos retrocessos sócio-sanitários em nosso país, discutiremos a partir deste momento a questão da interpretação do direito à saúde como um direito de relevância pública, conforme mandamento constitucional contido no art. 197. Iniciamos nossa argumentação a partir de alguns questionamentos: por que somente o direito fundamental à saúde, dentre todos os variados direitos elencados em nossa Carta Política, contém a classificação de direito não apenas público, mas de relevância pública? Quais seriam os impactos e respectivos reflexos dessa idiosincrasia inerente ao direito à saúde? Essa construção normativa – relevância pública – nos auxiliaria no enfrentamento aos retrocessos sócio-sanitários e, por conseguinte, na devida consolidação do SUS Constitucional?

O direito à saúde no Brasil, ratificado e sistematizado como política pública normatizada pela nossa Constituição Federal, está consolidado como oferta de um programa de ações e serviços muito mais do que público, mas de relevância pública, conforme preconizado pelo art. 197 da Carta Política em vigor:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (grifo nosso).

Já a lei federal que apresenta como objetivo a regulamentação dos artigos constitucionais sanitários, a Lei Orgânica da Saúde (LOS) – Lei nº 8.080, de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências” –, em sua Seção I do Capítulo IV, a qual descreve as atribuições comuns dos entes públicos de nossa federação, retrata a relevância pública das ações e serviços de saúde do seguinte modo:

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:
XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, **tendo em vista a sua relevância pública** (Lei 8.080/1990, art. 15, inc. XI, grifo nosso).

Dessa forma, *a priori*, o SUS – tanto por mandamento constitucional, quanto por lei federal regulamentadora – insere o direito à saúde em nosso país como único direito fundamental que possui caráter de relevância pública, obtendo importância hermenêutica quando comparado a outros direitos fundamentais traçados por nossa Carta Constitucional.

Mas qual seria a compreensão jurídica, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, sobre o conceito de relevância pública, especificamente em relação às ações e serviços de saúde? Esse qualificativo ou, como prefere Grau (2004), predicado axiológico – relevância pública –, estabeleceria o direito à saúde em um patamar superior comparado a outros direitos constitucionais, a tal ponto de ser priorizado em relação, por exemplo, à dispensação orçamentária?

Para responder a essa questão, utilizaremos como material de referência o debate publicado na Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (USP), extraído da coletânea “O Conceito de Relevância Pública”, que ainda permanece como um trabalho atualizado e de grande esmero analítico. Delimitaremos o sentido da expressão “Relevância Pública” e sua relação com o direito à saúde a partir de Ferraz e Benjamin (2004), Araújo (2004) e Grau (2004), os primeiros, membros ativos do Ministério Público e, o último, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) à época.

Para além da sistematização do estudo supracitado, também avaliaremos o entendimento do Pretório Excelso sobre esse qualificativo de relevância pública pertencente às ações e serviços da saúde em nossa Constituição, por meio de sua jurisprudência. Além disso, nos deteremos mais criteriosamente na atuação do Ministério Público sobre a questão

suscitada, pois cabe a este órgão a fiscalização e controle dos serviços de relevância pública.

Ferraz e Benjamin (2004), antes de tratarem da questão específica da relevância pública, analisam, introdutoriamente, a saúde como direito e como serviço público prestado tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada, de forma complementar, conforme mandamento constitucional.

Os autores citados afirmam que nossa Constituição Federal permite que mesmo serviços considerados essenciais, caso da saúde pública, possam ser prestados pela iniciativa privada, conforme mandamento exteriorizado pelo art. 199: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (CF/88). Porém, o fornecimento de serviços essenciais por prestadores privados deve respeitar certos requisitos legais, como “a declaração explícita do caráter social e **da ‘relevância pública’ de tais serviços**” (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 84, grifo nosso).

Ferraz e Benjamin (2004) afirmam a obrigatoriedade do Estado de disponibilizar ações e serviços na área da saúde pública, em respeito aos mandamentos constitucionais dos arts. 6º (saúde como um direito social) e 196 (saúde como um direito de todos e dever do Estado), podendo delegar seu concurso para a iniciativa privada, embora continue a responder por esta delegação. Ou seja, defendem que a política pública de saúde, considerada como um direito público subjetivo, deve ser ofertada prioritariamente pelo poder Executivo, mas em concurso com a prestação complementar via parcerias privadas, conforme estipulado pelo art. 199, §1º da Constituição Federal:

§1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (art. 199, §1º, CF/88).

Na compreensão de Ferraz e Benjamin (2004), tendo como lastro interpretativo a Constituição Federal, a saúde pública classificada como direito público subjetivo não se diferencia em relação a outros direitos fundamentais sociais, como os elencados no art. 6º da CF/88, tais como a educação, o trabalho, a moradia, o transporte e a assistência aos desamparados. O que a diferencia é o fato de suas “ações e serviços” estarem expressamente categorizadas como de relevância pública, conforme art. 197, *pars mane*.

Para Ferraz e Benjamin (2004), são cinco os pontos que caracterizam o conceito de relevância pública da saúde, sempre a partir do ditado pela Constituição Federal:

- a) a qualidade de ‘função pública’, como verdadeiro dever-poder, que regra a garantia da saúde pelo Estado;
- b) a natureza jurídica de direito público subjetivo da saúde, criando uma série de interesses na sua realização – públicos, difusos, coletivos e individuais homogêneos;
- c) o limite da indisponibilidade, tanto pelo prisma do Estado como do próprio indivíduo, do direito à saúde; relevância pública;
- d) a ideia de que, em sede do art. 197, o interesse primário do Estado corresponde à garantia plena do direito à saúde e as suas ações e serviços, sempre secundários só serão legítimas quando imbuídas de tal espírito;
- e) e o traço de essencialidade que marca as ações e serviços de saúde (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 85).

Dessa maneira, para os autores supracitados, a saúde pública brasileira – o que denominamos de SUS Constitucional, incluído entre os arts. 196 a 200 de nossa Carta – destaca-se frente a outros direitos sociais constitucionais “não porque, como direito, seja mais importante que outros, mas simplesmente porque a sua implementação, mesmo quando praticada por particulares, é de ‘relevância pública’” (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 85).

Conforme Ferraz e Benjamin (2004), ainda, o elemento diferenciador que caracteriza as ações e serviços de saúde como de relevância pública não está na natureza de quem o disponibiliza, sejam estes entes públicos ou privados, mas no objeto de suas ações e serviços, que, no caso específico do direito à saúde, corresponde à sobrevivência dos cidadãos, exigindo, portanto, maior capacidade de regulamentação, fiscalização e controle por parte do Estado:

Dessa essencialidade surge para o Estado, como decorrência do próprio interesse da sociedade na garantia do seu direito, um dever-poder de prestar o serviço. E, quando não o faz diretamente, mantém o Estado um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 87).

Ao sistematizar o art. 196 – a saúde é direito de todos e dever do Estado –, o art. 197 – são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle –, e o art. 199, *caput* – a assistência à saúde é livre à iniciativa privada –, Ferraz e Benjamin (2004) delineiam as consequências da atribuição de relevância pública para o direito à saúde:

- a) a saúde é direito público subjetivo exigível contra o Estado e contra todos os que, mesmo que entes privados, sob a chancela deste, a garantam;
- b) a saúde é sempre assegurada através da atuação de uma função pública estatal, mesmo quando prestada por particulares, sendo que apenas as suas ‘ações e serviços’ não têm exercício exclusivo do Estado; por isso mesmo, são consideradas de relevância pública;
- c) como função pública estatal, cabe ao Estado a direção da prestação de serviços e ações de saúde, devendo aquele fixar as diretrizes e parâmetros para o exercício destes; com isso, pode-se dizer que é limitada a liberdade dos prestadores privados;
- d) as desconformidades nos serviços e ações permitem que o Estado exerça todo seu múnus, inclusive com a utilização do instituto da desapropriação;
- e) como direito público subjetivo, a saúde cria uma série de interesses na sua materialização, interesses esses que ora são tipicamente públicos, ora difusos, coletivos, individuais homogêneos ou individuais simples;
- f) tais interesses, quando contrariados, dão legitimidade a uma série de sujeitos, públicos e privados, para buscarem, judicialmente, sua proteção (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, pp. 88-89).

Por fim, Ferraz e Benjamin (2004) destacam o papel institucional do Ministério Público, de fiscalizar a prestação efetiva dos serviços de relevância pública, em consonância com o art. 129, inc. II, da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (CF/88, art. 129, inc. II, grifo nosso).

Destarte, para os autores mencionados acima, o Ministério Público, por dever constitucional, deveria sempre zelar pelo controle dos atos da Administração Pública, respeitando os direitos assegurados pela Constituição Federal. Observa-se, assim, que o direito à saúde, o qual deve ser prestado de forma direta ou indireta por meio de parcerias público-privadas via Organizações Sociais (OS's) ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's), também se encontra amparado pela salvaguarda legal daquela instituição.

Para Ferraz e Benjamin (2004), ainda sobre o caráter de relevância pública defendido institucionalmente pelo Ministério Público, “importa-lhe, isto sim, a relevância social desses serviços, tomando todas as providências cabíveis para assegurar a observância dos direitos constitucionais dos cidadãos, inclusive, se for o caso, em face do próprio Estado” (FERRAZ; BENJAMIN, 2004, p. 86).

Outro autor de referência que também participou do debate sobre o conceito de relevância pública no âmbito do direito à saúde foi Araújo (2004). O jurista compreende que o conceito de relevância pública abarcaria os objetivos e fundamentos que dão lastro à aplicação das políticas públicas no Brasil. Tais aspectos estão consolidados no Título I – “Dos Princípios Fundamentais”, representados pelos arts. 1º e 3º de nossa Constituição Federal, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem comum e a erradicação da pobreza:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

(...)

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/88, arts. 1º e 3º, grifo nosso).

Dessa forma, a efetivação do direito à saúde, principalmente no contexto brasileiro, é uma luta constante para garantir e avançar nos objetivos e fundamentos da República, portanto, para Araújo (2004), não haveria dúvida quanto ao fato de que o direito à saúde se caracterizaria como um direito de relevância pública (art.197/CF).

Assim, conforme entendimento de Araújo (2004), se os serviços públicos são aquelas ações que se destinam a assegurar o bem público e a eliminar as carências individuais e regionais – o que também reflete o comprometimento com a concretização da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito –, os serviços e ações de saúde foram constitucionalmente erigidos a serviços muito mais do que públicos, mas de relevância pública, seguindo os mandamentos constitucionais ditados pelos arts. 1º e 3º, inseridos no Título “Dos Princípios Fundamentais”. Dessa maneira, Araújo (2004) resume a ligação entre o direito à saúde e os princípios fundamentais caracterizadores de relevância pública da seguinte forma:

Tudo o que se referir à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade justa, livre e solidária, à promoção do bem comum e à erradicação da pobreza são serviços de relevância pública, pois ligados diretamente aos princípios constitucionais elencados nos artigos 1º e 3º.

Evidente que a saúde pública passa pela dignidade da pessoa humana, pela erradicação da pobreza. E a saúde é direito de todos, nos dizeres expressos do artigo 196 (ARAÚJO, 2004, p. 95, grifo nosso).

Do mesmo modo que Ferraz e Benjamin (2004), Araújo também destaca o art. 129, inc. II, da Constituição Federal, que trata da fiscalização de serviços de relevância pública pelo Ministério Público e sua direta relação com a fiscalização da prestação de saúde pelos entes públicos, por via direta (Estado) ou indireta (setor privado):

Inegável que as ações e os serviços de saúde estão enquadrados na hipótese fiscalizadora do Ministério Público. Primeiro, porque são reconhecidamente (artigo 197) serviços de relevância pública. Em seguida, porque o direito à saúde é direito de todos, como determina o artigo 196. **Entendendo o artigo 196 e 197, juntamente com a competência do artigo 129, inciso II, verificamos que a fiscalização da matéria relativa às ações de saúde e aos serviços de saúde está diretamente ligada à fiscalização do Ministério Público, quer a nível federal, quer estadual** (ARAÚJO, 2004, pp. 95-96, grifo nosso).

Araújo (2004) destaca medidas necessárias que deveriam ser aplicadas para garantir o cumprimento dos serviços de relevância pública, dentre as quais, ajuizamento contra os órgãos públicos das esferas federal e estadual, quando descumprirem mandamentos constitucionais ou quando suas atividades forem desviadas do escopo constitucional.

A fiscalização das ações e serviços de saúde de relevância pública, segundo Araújo (2004), deve ser realizada interpretando a totalidade da cadeia normativa sistematizadora, que vai das normas infraconstitucionais de saúde – ordem de serviço, portaria, lei – até a norma superior constitucional enunciativa da criação e formação do Sistema Único de Saúde (arts. 196 a 200). Como relata o autor, “há necessidade de controlar, além da legalidade, a observância ou não das ações governamentais em relação aos programas constitucionais” (ARAÚJO, 2004, p. 96).

Por fim, Araújo (2004) defende uma maior integração entre os gestores da área de saúde pública e os operadores de Direito que atuam no Ministério Público, para que possam formular conjuntamente soluções e alternativas de controle e fiscalização da política pública de saúde, respeitando a característica de relevância pública tanto das ações e serviços de saúde quanto da atuação institucional pelo parquet.

A fim de finalizar o debate em torno do conceito de relevância pública exposto pela Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo (USP), examinaremos a seguir as ideias defendidas pelo ex-ministro do STF, Eros Grau (2004), que, inicialmente, diferencia serviços públicos de serviços de relevância pública. Para o jurista, os serviços públicos seriam eminentemente ou diretamente prestados pelo setor público enquanto os serviços de relevância pública seriam prestados pela atividade econômica privada por meio de instrumentos de concessão e permissão. Portanto, no seu entender:

Serviços de relevância pública são serviços contidos na área da atividade econômica, própria do setor privado, não obstante de “relevância pública” (isto é, “serviços de relevância pública”).

(...)

Assim, tanto a serviços (a determinados serviços) que não são concebidos como serviços públicos, prestados pelo setor privado, quanto a serviços públicos prestados pelo Estado ou pelo setor privado, em regime de concessão ou permissão, pode ser atribuído o predicado axiológico de “serviço de relevância pública” (GRAU, 2004, p. 74).

Assim, conforme Grau (2004), nossa Constituição Federal diferencia serviços prestados pela atividade econômica – predominantemente exercidos pelo setor privado – dos serviços públicos – predominantemente exercidos pelo setor público.

Diferentemente do entendimento expresso por Ferraz e Benjamin (2004) e Araújo (2004), a primeira conclusão sistematizada por Grau (2004) em relação ao conceito de relevância pública é que, apesar de haver diferença sobre o sujeito prestador de tais ações e serviços, não haveria superposição hierárquica para definir quais critérios balizadores seriam necessários para a classificação de um serviço se apenas público ou de relevância pública, não significando, dessa forma, que a saúde pública estaria em condição especial frente a outros direitos fundamentais sociais.

Complementando a conclusão acima, Grau (2004) relata em sua segunda ilação que “serviço de relevância pública é predicado axiológico (...) que abrange todos os serviços públicos (... estados ou situações que se aplica o conceito de serviço público) e alguns serviços do setor privado (atividade econômica)” (GRAU, 2004, p. 75), sem, porém, desenvolver melhor e mais aprofundadamente esse raciocínio.

Por outro lado, Grau (2004) acata o entendimento de que o direito à saúde é o único direito reconhecido pela Constituição como um direito provido de ações e serviços de relevância pública, consoante art. 197, e que, para que haja um maior número de direitos de relevância pública – tal qual sustenta o art. 129, inc. II –, estes devem ser criados e

ordenados por normatização infraconstitucional, sempre respeitando a lógica explicitada pela Constituição.

Mesmo assim, para o autor, o reconhecimento do direito à saúde como um direito de relevância pública torna-se vazio no campo prático, não resultando em nada de especial quando de sua interpretação, pois ausente qualquer regulamentação normativa sobre os critérios de aplicação do conceito de relevância pública. Dessa forma, restaria apenas um “frutuoso discurso retórico a respeito da importância da saúde” (GRAU, 2004, p. 76).

Por nosso turno, defendemos que o direito à saúde é um direito de relevância pública e que por ter essa característica, inserida por mandamento constitucional (art.197), constitui-se como um direito muito mais do que público, mas de relevância pública, contendo em si prioridade no direcionamento da política pública exercida pela Administração dos entes, por exemplo, na melhoria de sua gestão e na destinação dos recursos financeiros por meio de seus respectivos fundos de saúde (nacional, estaduais, distrital e municipais).

Para além de um debate doutrinário, relataremos também jurisprudência da mais alta corte do país – STF – que ratifica a importância da classificação constitucional das ações e serviços de saúde como de relevância pública, conforme sublinha nossa Constituição Federal.

As pesquisas os descritores “relevância adj pública” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵, encontramos 11 acórdãos, sendo que, destes, somente 2 continham relação direta entre relevância pública e saúde, demonstrando que esse conceito ou “predicado axiológico”, como prefere Grau (2004), ainda se encontra em fase incipiente de desenvolvimento no debate da corte.

O primeiro julgamento refere-se a um Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC/90523-ES, que foi negado em 19 de abril de 2011¹⁸⁶, em temática de crime de concussão, pois profissional médico de hospital privado exigiu de paciente pagamento para realização de cirurgia de urgência, o que conflagraria crime tipificado pelo Código Penal.

A Ementa desse RHC descreve que hospital privado em convênio com o SUS e, que, portanto, usufrui de financiamento público, tem o dever de prestar ações e serviços de

¹⁸⁵ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 23 out. 2019.

¹⁸⁶ RHC/90523 – Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=201&dataPublicacaoDj=19/10/2011&incide=2486722&codCapitulo=5&numMateria=158&codMateria=3>. Acesso em 23 out. 2019.

relevância pública, conforme mandamento da Constituição Federal. Como demonstramos abaixo:

1. A saúde é constitucionalmente definida como atividade mistamente pública e privada. **Se prestada pela iniciativa privada, é atividade privada, porém sob o timbre da relevância pública.**
2. **O hospital privado que, mediante convênio, se credencia para exercer atividade de relevância pública, recebendo, em contrapartida, remuneração dos cofres públicos, passa a desempenhar o múnus público.** O mesmo acontecendo com o profissional da medicina que, diretamente, se obriga com o SUS (STF- RHC 90523-ES, Rel. Min. Ayres Britto. DJ. 19/04/2011. DJe. 18/10/2011, grifo nosso).

No segundo julgamento, redação de inteiro teor do acórdão, publicado em 09 de abril de 2013, do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 724.292 – Rio Grande do Sul¹⁸⁷, que apresentou como relator o Ministro Luiz Fux e que tratava da imprescindibilidade do fornecimento de fraldas descartáveis geriátricas pelo estado do Rio Grande do Sul à paciente idosa e de agravado quadro clínico, o voto vitorioso do relator argumentava que **“os serviços de saúde são de relevância pública e de responsabilidade do Poder Público.** Necessidade de preservar-se o bem jurídico maior que está em jogo: a própria vida” (grifo nosso).

Portanto, podemos considerar que a jurisprudência do STF, em relação ao debate em torno do conceito de relevância pública das ações e serviços de saúde, coincide com a maioria da argumentação suscitada pelo debate realizado pela Revista de Direito Sanitário aqui demonstrado, principalmente em relação a autores como Ferraz e Benjamin (2004) e Araújo (2004).

Destaca-se que mesmo em uma fase inicial e lacônica de decisões em torno da questão em análise, o STF já pontuou entendimento tanto em relação ao prestador de ações e serviços de saúde diretamente estatal, caso do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 724.292/RS, quanto em relação ao julgamento de concessão ou permissão de atividade econômica em convênio com o SUS, no caso de profissional médico atuante em hospital privado – RHC 90523/ES.

Além da doutrina e da jurisprudência aqui destacadas, também salientamos a atuação institucional do órgão que por dever constitucional de ofício deve “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos

¹⁸⁷ Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 724.292/ RS. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=135899534&ext=.pdf>. Acesso em 23 out. 2019

assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia” (art. 129, II, CF/88), o Ministério Público.

Em recente Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) – Recomendação nº 68, de 18 de dezembro de 2018 –, que sugere “parâmetros para a atuação do Ministério Público no dever constitucional de defesa do acesso e da qualidade da Atenção Básica de Saúde e na execução das atividades relacionadas à Ação Nacional da Saúde, e dá outras providências”¹⁸⁸, o órgão reforça a necessidade de atuação e interpretação em relação ao direito à saúde no Brasil como único referido constitucionalmente de relevância pública, implicando na prestação de ações e serviços de saúde como de máxima eficácia em prol da sociedade, nos seguintes termos:

Considerando que **as ações e serviços de saúde foram categoricamente guindados ao status de relevância pública**, na forma do artigo 197 da Constituição Federal, **único assim assegurado pelo legislador constituinte;**

(...)

Considerando que, no tocante às ações e serviços públicos de saúde, o legislador constitucional incumbiu ao Ministério Público o dever de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos **à máxima eficácia do direito fundamental à saúde, de relevância pública**, bem como pela garantia do seu financiamento estatal em patamares de gasto mínimo, conforme artigo 129, inciso II, da Constituição Federal;

(...)

Art. 1º **Os membros do Ministério Público, incumbidos do dever de zelar pelo direito fundamental à saúde, de relevância pública constitucional**, respeitadas suas especificidades regionais e sua independência funcional, empreenderão esforços na execução das atividades da Ação Nacional em defesa do direito à saúde, por meio de projetos ou ações coordenadas, assegurada a formação de parcerias e de trabalhos em rede de cooperação com setores público e privado, com a sociedade civil organizada e com a comunidade em geral. (Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – Recomendação nº 68, 18/12/2018, grifo nosso).

Sendo assim, há uma relação estreita entre a formação do predicado axiológico de relevância pública dado pela Constituição Federal ao direito fundamental à saúde e a atuação de fiscalização dessa máxima efetividade pelo Ministério Público, órgão imprescindível para a ratificação do valor de relevância da saúde pública brasileira, notadamente o SUS, frente aos demais direitos elencados por nossa Carta Política.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-68.pdf>. Acesso em 23 out. 2019.

Dessa maneira, resumindo nosso posicionamento, o direito constitucional à saúde, por ser um direito de relevância pública (art. 197, CF/88), deve ter prioridade na dispensação orçamentária em prol do SUS. Sendo assim, alternativas jurídico-econômicas previstas em nossa Constituição Federal, como o imposto sobre as grandes fortunas e a auditoria da dívida, devem ser diretamente direcionadas a atender o orçamento sanitário em virtude de sua classificação como direito de relevância pública, como veremos a seguir.

4.5 ALTERNATIVAS JURÍDICO-ECONÔMICAS AO (SUB)FINANCIAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) NO BRASIL: imposto sobre grandes fortunas e auditoria da dívida

Depois de pontuarmos as alternativas jurídico-políticas para a ratificação do direito constitucional à saúde, baseados no princípio da proibição do retrocesso social e no pressuposto de relevância pública que reveste esse direito, com o escopo de consolidação do Sistema Único de Saúde em uma conjuntura de crises e retrocessos, passaremos a sistematizar, a partir deste momento, as alternativas jurídico-econômicas ao (sub)financiamento da saúde pública. Tais alternativas ganham expressão na necessidade de regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (IGF) e na auditoria da dívida, ambas baseadas na Constituição da República Federativa em vigor, nossa Constituição Cidadã de 1988.

4.5.1 O Imposto sobre Grandes Fortunas como alternativa jurídico-econômica ao desfinanciamento do SUS

Constatamos, no segundo capítulo desta tese, que o direito constitucional à saúde no Brasil está passando por uma metamorfose indutora de retrocesso social consubstanciada na transformação de uma conjuntura econômica de subfinanciamento para outra de desfinanciamento crônico. Observa-se esse fenômeno de forma mais evidente a partir da aprovação da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que dispõe sobre o Novo Regime Fiscal (NRF) lastreado no congelamento dos investimentos sanitários por vinte exercícios financeiros (2016-2026), o qual atinge frontalmente o núcleo essencial do direito à saúde.

Para cumprir o objetivo proposto neste tópico, discorreremos sobre a necessidade de regulamentação do imposto sobre grandes fortunas (IGF) – único dos sete impostos federais da Constituição da República que ainda não foi regulamentado. Regulamentando o

IGF, propomos direcionar a totalidade do que for financeiramente recolhido ou, ao menos, priorizar o direcionamento de tais recursos, para a rubrica orçamentária da saúde pública brasileira, com base na justificativa do direito à saúde ser um direito de relevância pública, conferido pelo superior ordenamento da Constituição Federal (art. 197).

Além disso, apresentaremos as principais características, elementos e natureza jurídica que compõem o IGF, o porquê de sua implementação no Brasil na conjuntura vigente, seus consequentes impactos, sua colação com o direito comparado, sua aparição no STF nos julgamentos de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 31/2015 e ADO 55/2019 – e a análise sobre o percurso das inúmeras proposições legislativas que continuam tramitando no Congresso Nacional desde 1989, destacando principalmente os projetos de lei que abarcam a relação direta entre o IGF e o direito à saúde, representado pelo SUS.

4.5.1.1 Do Imposto sobre Grandes Fortunas: a eterna tentativa de regulamentação

O IGF está previsto na Seção III – “Dos Impostos da União”, art. 153, inc. VII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), inscrevendo-se na competência privativa da União, que deverá instituí-lo, conforme colacionado abaixo:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I - importação de produtos estrangeiros;
- II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III - renda e proventos de qualquer natureza;
- IV - produtos industrializados;
- V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI - propriedade territorial rural;
- VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar** (grifo nosso).

Inserimos de modo proposital os incisos estipulados pelo art. 153 em sua íntegra a fim de demonstrar que, de todos os sete impostos federais, o IGF é o único composto por uma norma de eficácia limitada. Ou seja, o único que necessita ser regulamentado por meio de lei complementar, o que, até o presente momento – passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição –, não ocorreu, apesar da propositura de inúmeros projetos de lei a respeito do assunto¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Poderíamos também destacar que a excepcionalidade é um traço característico do IGF, já que sua ausência de regulamentação se tornou um caso raríssimo no Direito Tributário, assim como a exigência de lei complementar, pois, além do IGF, somente em outros dois casos é apresentada a necessidade de

Segundo Mamede (2018), uma das características mais importantes do IGF é seu caráter de função social, “tendo em vista que a incidência constitucional do imposto, que são as grandes fortunas, pode viabilizar a consecução de uma almejada justiça social, ao se redistribuir riquezas, por exemplo” (MAMEDE, 2018, p. 25).

Concordando com a premissa de que o IGF apresenta uma incidência que almeja uma função social, concluímos que o tributo ora citado apresenta também como elemento caracterizador uma função extrafiscal, já que sua regulamentação terá que ser realizada com o intuito da obtenção de desenvolvimento econômico combinado com justiça social, objetivando distribuição de riquezas e redução das desigualdades sociais.

Para compreendermos melhor o que seria uma função extrafiscal torna-se necessário destacar que, de acordo com interpretação majoritária da doutrina pátria, os tributos, sejam eles impostos, taxas ou contribuições, possuem três funções: função fiscal, função parafiscal e função extrafiscal.

De acordo com Mamede (2018), a função fiscal é a clássica função de um tributo, ou seja, seu objetivo é meramente granjear recursos financeiros para o erário, recursos essenciais para o custeio das atividades do Estado, tais como serviços e políticas públicas prestados ao contribuinte. Já a função parafiscal é a arrecadação tributária destinada ao custeio de atividades paraestatais, isto é, atividades exercidas por entidades privadas com conotação social ou de interesse público, como, por exemplo, o Sistema S (SESC, SENAI, SENAC, etc.). E, por fim, classifica-se como tributo de função extrafiscal aquele que, além da obtenção de recursos para o Estado – finalidade arrecadatória –, possui como objetivo prioritário o equilíbrio social da comunidade, tentando aplacar desigualdades sociais e ratificando, dessa forma, verdadeiro papel essencial aos desígnios do Estado Democrático de Direito. Esse é o caso do IGF.

Mamede (2018) sintetiza a função extrafiscal do IGF da seguinte forma:

(...) o aspecto finalístico da tributação extrafiscal acaba por atingir determinados valores constitucionais, levando-os à concretização dos mesmos. **Isso ocorre quando o Estado elege um valor que deva ser concretizado (por exemplo, assistência à saúde), quando uma lei por ele criada determine que referido tributo seja canalizado diretamente para um fim constitucionalmente valorado.** (MAMEDE, 2018, p. 33, grifo nosso).

Analisando a questão sob um prisma sociológico, concluímos pela imprescindibilidade da regulamentação do IGF em um país como o Brasil, de comprovada desigualdade social e concentração de renda, aspectos que tornam a implementação de tal imposto premente para a validação dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

Afirma-se essa ideia inicialmente com o preâmbulo de nossa Carta Política de 1988 que almeja uma “sociedade fraterna”. A seguir, previu nossa Constituição como objetivo fundamental construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais (art. 3º, I e III). E, mais à frente, na seção tributária, acordou-se pela tributação conforme a capacidade contributiva (art. 145, § 1º), cabendo inclusive isenções aos mais necessitados, desaguando na nossa citada tributação das grandes fortunas (art. 153, VIII).

Tendo em vista os dispositivos constitucionais acima, relatório da Oxfam Brasil (2017) relata que apenas 6 (seis) pessoas – seis super-ricos de nosso país – possuem riqueza equivalente ao patrimônio dos 100 (cem) milhões de brasileiros mais pobres. E, o mais grave: os 5% (cinco por cento) mais ricos detêm a mesma fatia de renda que os demais 95% (noventa e cinco por cento).

Evidentemente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe conquistas conjunturais de fundamental importância, como, por exemplo, a diminuição do índice de Gini (0,623 para 0,515) e o encolhimento da pobreza de 35% (trinta e cinco por cento) para 10% (dez por cento) da população (OXFAM BRASIL, 2017), mas estas são conquistas conjunturais, que não alteram a estrutura do sistema social vigente.

Analisando estruturalmente o desempenho da concentração de renda e de desigualdade social no país, observa-se que não houve uma mudança significativa, segundo dados apresentados pela publicação “A Distância que nos Une: um retrato das desigualdades brasileiras” –, da Oxfam Brasil (2017), que afirma o seguinte:

(...) entre 2001 e 2015, os 10% mais ricos se apropriaram de 61% do crescimento econômico, enquanto a fatia dos 50% mais pobres foi de 18%. Neste mesmo período, a concentração de renda no 1% se manteve estável, no patamar de 22 a 25% (OXFAM BRASIL, 2017, p.19).

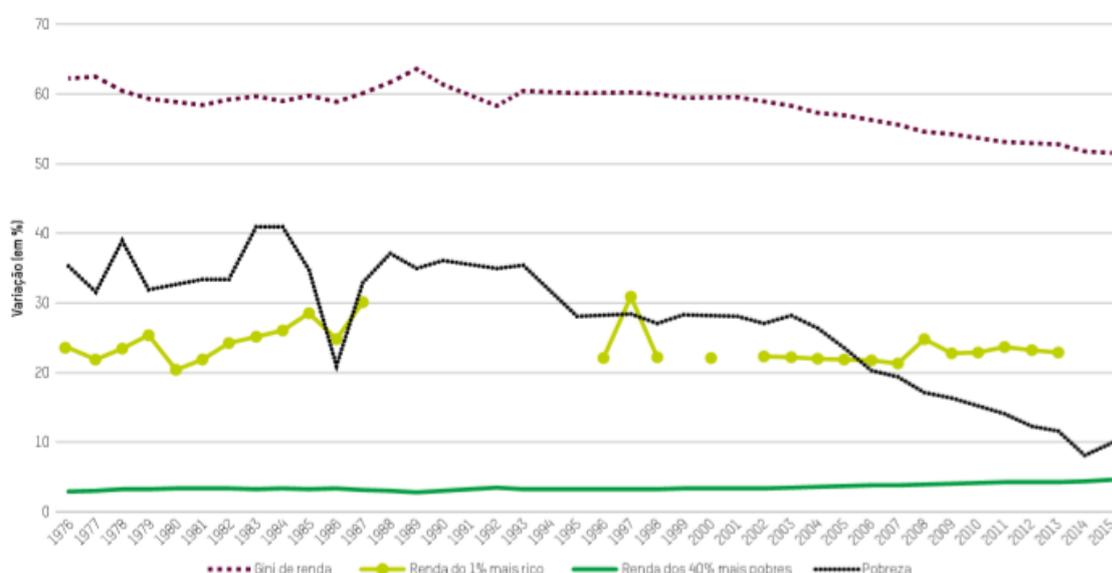
(...)

No Brasil, a desigualdade de riqueza – bens materiais como imóveis ou propriedades, e bens financeiros como aplicações e ações – é ainda maior que a desigualdade de renda. O 1% mais rico concentra 48% de toda a riqueza nacional e os 10% mais ricos ficam com 74%. Por outro lado,

50% da população brasileira possui menos de 2% da riqueza total do país (OXFAM BRASIL, 2017, p. 30).

O Gráfico 5 abaixo, ao mesmo tempo em que reconhece o avanço conjuntural da diminuição da pobreza desde o início da distensão autoritária nos anos 1970, passando pela consolidação do Estado Democrático de Direito dos anos 1980, até os dias atuais, reconhece a gravidade estrutural retratada no fosso de distanciamento entre a renda nacional dos ricos e super-ricos e os mais pobres e a classe média de nosso país.

Gráfico 5 - Brasil – Desigualdades medidas pelos índices de Gini da renda total, pela proporção de domicílios em situação de pobreza, pela proporção da renda nacional recebida pelos 40% mais pobres e pelo 1% mais rico – 1976-2015



Fonte: OXFAM Brasil (2017). Reprodução.

Destarte, vimos que há fundamentos jurídico-sociológicos para a imprescindibilidade da regulamentação do imposto extrafiscal do IGF para que possamos almejar uma melhoria estrutural de nossa sociedade com aporte de recursos financeiros para a implementação de políticas públicas em nosso país, especificamente para a melhoria do SUS, condizente com o direito constitucional à saúde como direito de relevância pública¹⁹⁰.

¹⁹⁰ A prioridade da política pública de saúde por meio da efetivação constitucional do SUS não se justifica somente por uma argumentação jurídico-constitucional baseada na relevância pública – eixo da nossa sustentação nesta tese –, mas também por sempre aparecer em pesquisas de opinião como principal problema citado pela população brasileira a ser resolvido pelos governantes. A última pesquisa do Datafolha, realizada entre os dias 29 e 30 de agosto de 2019, mostra que a saúde foi apontada como o maior problema do país (18%), seguida pela educação (15%) e pelo desemprego (15%). Disponível em:

Motivos jurídico-políticos para a regulamentação do IGF no Brasil não faltam, dada a considerável quantidade de proposições legislativas apresentadas desde o ano de 1989 até o ano de 2019 no Congresso Nacional – pela Câmara dos Deputados e/ou Senado Federal. Ou seja, há trinta anos ocorre um verdadeiro desaguadouro de proposições legislativas expondo a necessidade de regulamentação infraconstitucional do IGF no âmbito de nosso direito, em respeito ao mandamento normativo de nossa Constituição.

Ao todo, em uma busca nos sítios eletrônicos de pesquisa das casas legislativas federais – Câmara dos Deputados e Senado Federal¹⁹¹ –, encontramos um total de 24 proposições legislativas, entre projetos de lei do Senado e da Câmara. O Quadro 11 abaixo descreve a situação de cada proposição legislativa e suas principais características formais:

Quadro 11 - Proposições Legislativas para regulamentação do IGF – Congresso Nacional (1989-2019)

Proposição	Autoria	Ementa	Situação
PLS 162/1989	Senador Fernando Henrique Cardoso (MDB/SP).	Dispõe sobre a tributação de grandes fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII da Constituição.	Pronta para pauta no Plenário.
PLS 50/2008	Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT).	Regulamenta o disposto no artigo 153, VII, da Constituição Federal, para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas e dá outras providências.	Arquivada ao final da Legislatura.
PLS 100/2008	Senador José Nery (PSOL/PA).	Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas).	Arquivada ao final da Legislatura.
PLS 128/2008	Senador Paulo Paim (PT/RS).	Institui o Imposto sobre Grandes	Rejeitada por Comissão em

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/05/datafolha-aponta-que-18percent-dos-brasileiros-consideram-saude-como-principal-problema-no-pais.ghtml>. Acesso em 24 out. 2019.

¹⁹¹ Câmara dos Deputados cf. em <https://www.camara.leg.br/busca-portal/proposicoes/pesquisa-simplificada>. Acesso em 24 out. 2019. E Senado Federal cf. em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade>. Acesso em 24 out. 2019.

		Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências.	decisão não terminativa.
PLP 277/2008	Deputados Luciana Genro – (PSOL/RS), Chico Alencar (PSOL/RJ), Ivan Valente (PSOL/SP).	Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas).	Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN).
PLP 26/2011	Deputado Amauri Teixeira (PT/BA).	Institui Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF, regulamentando o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 48/2011	Deputado Dr. Aluizio (PV/RJ).	Cria a Contribuição Social das Grandes Fortunas (CSGF), e dá outras providências.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 62/2011	Deputado Cláudio Puty (PT/PA).	Dispõe sobre a tributação sobre grandes fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII da Constituição Federal.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLS 534/2011	Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE).	Regulamenta o inciso VII do art. 153 da Constituição Federal, para dispor sobre a tributação de grandes fortunas.	Arquivada ao final da Legislatura.
PLP 130/2012	Deputados Paulo Teixeira (PT/SP), Jilmar Tatto (PT/SP), Amauri Teixeira (PT/BA) e outros.	Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, previsto no art. 153, VII, da Constituição Federal.	Apensado ao PLP 277/2008.
PEC 96/2015	Senador Fernando Bezerra Coelho (PSB/PE), Senador Acir Gurgacz (PDT/RO), Senador Alvaro Dias (PSDB/PR), Senadora	Outorga competência à União para instituir adicional sobre o imposto de que trata o inciso I do art.	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à

	<p>Ana Amélia (PP/RS), Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), Senador Benedito de Lira (PP/AL), Senador Cássio Cunha Lima (PSDB/PB), Senador Dalirio Beber (PSDB/SC), Senador Douglas Cintra (PTB/PE), Senador Elmano Férrer (PTB/PI), Senador Garibaldi Alves Filho (MDB/RN), Senador Gladson Cameli (PP/AC), Senador Humberto Costa (PT/PE), Senador Ivo Cassol (PP/RO), Senador José Maranhão (MDB/PB), Senador José Medeiros (CIDADANIA/MT), Senador José Pimentel (PT/CE), Senador Lindbergh Farias (PT/RJ), Senadora Maria do Carmo Alves (DEM/SE), Senador Omar Aziz (PSD/AM), Senador Paulo Paim (PT/RS), Senador Paulo Rocha (PT/PA), Senador Randolfe Rodrigues (PSOL/AP), Senadora Regina Sousa (PT/PI), Senador Telmário Mota (PDT/RR), Senador Walter Pinheiro (PT/BA), Senador Zeze Perrella (PDT/MG) e outros.</p>	<p>155, destinado ao financiamento da política de desenvolvimento regional.</p>	<p>Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) – Matéria com a Relatora.</p>
<p>PLP 2/2015</p>	<p>Deputado Sarney Filho (PV/MA).</p>	<p>Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal, para instituir o Imposto Sobre Grandes Fortunas - ISGF, e dá outras</p>	<p>Apensado ao PLP 277/2008.</p>

		providências.	
PLP 6/2015	Deputada Hissa Abrahão (PPS/AM).	Dispõe sobre instituição de imposto sobre grandes fortunas (IGF) e determina outras providências.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 10/2015	Deputados Jandira Feghali (PCdoB/RJ), Leonardo Picciani (PMDB/RJ), Eduardo da Fonte (PP/PE) e outros.	Cria a Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF), e dá outras providências.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 11/2015	Deputado Valmir Assunção (PT/BA).	Institui Imposto sobre Grandes Fortunas - IGF, regulamentando o Inciso VII do Art. 153 da Constituição Federal.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLS 315/2015	Senador Paulo Paim (PT/RS).	Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências.	Comissão de Assuntos Econômicos (Secretaria de Apoio à Comissão de Assuntos Econômicos) – Matéria com a Relatora.
PLP 281/2016	Deputado João Derly (REDE/RS).	Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 294/2016	Deputado Moses Rodrigues (PMDB/CE).	Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas).	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 302/2016	Deputado Giuseppe Vecci (PSDB/GO).	Regulamenta o inciso VII do artigo 153 da Constituição Federal (Imposto sobre Grandes Fortunas).	Apensado ao PLP 277/2008.
PLP 324/2016	Deputados Flavinho Givaldo (PSB/SP),	Institui o Imposto sobre Grandes	Apensado ao PLP 277/2008.

	Carimbão (PHS/AL), Joaquim Passarinho (PSD/PA).	Fortunas, previsto no art. 153, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências.	
PLP 335/2016	Deputado Hildo Rocha (PMDB/MA).	Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), e dá outras providências.	Apensado ao PLP 277/2008.
PLS 139/2017	Senadora Vanessa Grazziotin (PCdoB/AM).	Regulamenta o disposto no artigo 153, VII, da Constituição Federal, para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas e dá outras providências.	Arquivada ao final da Legislatura.
PLP 9/2019	Deputados Danilo Cabral (PSB/PE), Camilo Capiberibe (PSB/AP), Ted Conti (PSB/ES), Alessandro Molon (PSB/RJ), João H. Campos (PSB/PE), Lídice da Mata (PSB/BA), Rodrigo Coelho (PSB/SC) e outros.	Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas, nos termos do art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, e dá outras providências.	Apensado ao PLP 62/2011.
PLP 205/2019	Deputado Reginaldo Lopes (PT/MG).	Altera o Sistema Tributário Nacional criando o imposto sobre grandes fortunas.	Apensado ao PLP 277/2008.

Fonte: elaboração própria a partir dos sítios eletrônicos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (1989-2019).

De acordo com o Quadro 11 acima, destacamos que as propostas pela regulamentação do IGF no Brasil fazem parte de uma pauta que envolve praticamente todos os partidos com representação no Congresso Nacional, independentemente de sua coloração ideológica, assim como representantes de várias regiões do Brasil, ilustrando a proporção que tomou essa reivindicação democrático-constitucional na sociedade civil organizada.

Outro fato a ser notado é que a maior parte dessas proposições legislativas foi apresentada no agudo período de crise econômica do nosso país – 2015 até os dias atuais –,

época em que houve queda de arrecadação e aposta no ajuste fiscal moldado pelo Novo Regime Fiscal (NRF) de limitação do orçamento público (CARVALHO, 2018). Restou, dessa maneira, como opção alternativa à ortodoxia do ajuste, a regulamentação do IGF no Brasil, esta, porém, apesar do número expressivo de propostas que sobre ela versam, sempre teve o mesmo destino desde 1989: arquivamento conforme Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa em que tramitou.

Sobre a análise de mérito dessas proposições legislativas, constatamos que apresentam em sua ementa a regulamentação do IGF e conceituam, em sua maioria, grandes fortunas como a soma de bens e direitos, subtraídos os débitos existentes que ultrapassem um montante estipulado. Sintetizando, as proposições mais antigas – nascidas na década de 1980 – limitam a tributação a valores maiores que NCz \$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzados novos) e as proposições mais atualizadas a valores superiores, entre R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) (MAMEDE, 2018).

Em nossa compreensão, o primeiro limite – dois milhões de reais – pode ser considerado muito aquém do que seria demonstrado como grande fortuna, enquanto o segundo limite – cinquenta milhões de reais – pode ser considerado muito além. Dessa forma, percuciente destacar que precisamos de uma interpretação baseada em um ponto médio (“mesos”), um meio-termo a traçar, lastreado em estudos divulgados com base em indicadores científicos.

Para Colli (2018), as propostas apresentadas ao Congresso Nacional assinalam que o montante característico do que se definiria como grande fortuna varia dependendo da linha técnico-ideológica dos projetos, já que não há certo consenso sobre o assunto, mas o ponto positivo é que o princípio da capacidade contributiva é sempre respeitado como pré-requisito de classificação.

Corsatto (2000) afirma que os projetos de lei apresentados definem grande fortuna como sendo o patrimônio constituído de todos os bens – imobiliários e ativos financeiros e profissionais – e direitos, de qualquer natureza, conforme declaração anual de bens do contribuinte, subtraído o valor das dívidas. Segundo o autor citado:

Guardadas as variações de projeto a projeto, verifica-se que, em linhas gerais, **grande fortuna – fato gerador do imposto – seria o patrimônio da pessoa física, apurado anualmente, cujo valor ultrapasse determinado limite.** Sua apuração quase sempre obedeceria ao mecanismo, previsto em cada projeto, de acréscimos e deduções (prevê a

dedução dos impostos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o mesmo patrimônio, efetivamente pagos pelo contribuinte no ano anterior). **Tal patrimônio seria constituído, portanto, de bens, móveis e imóveis, físicos e financeiros, e direitos do contribuinte** (CORSATTO, 2000, pp. 94-95, grifo nosso).

Mamede (2018) e Colli (2018) também assinalam que, com exceção do Projeto de Lei do Senado Federal, PLS nº 128/2008, que propõe alíquota única de 1% (um por cento), todos os demais apresentam em sua redação a proposta de alíquotas progressivas, regulados pelos princípios da vedação do confisco (art. 150, IV, CF/88) e da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88), contemplando declaração e pagamento de forma anual, uma vez que se trata de imposto incidente sobre o patrimônio em uma determinada situação conjuntural.

Alves e Duarte (2015) sublinham que a indefinição a respeito do conceito sobre grandes fortunas nos projetos de lei apresentados acontece pois caberia ao legislador infraconstitucional determinar uma riqueza diferenciada das demais riquezas passíveis de tributação. Na opinião dos autores, “diferentes propostas estabelecem distintas estruturas para o imposto sobre grandes fortunas, assumindo desenhos ou características variáveis em certos aspectos – incidência, sujeito passivo, qual domicílio considerar etc.” (ALVES; DUARTE, pp. 301-02).

Para Queiróz (1994), foi acertada a decisão do constituinte originário que estipulou a aplicação do tributo IGF somente por meio da edição de lei complementar, pois haveriam de ser aplainados muitos detalhes e minúcias, assim como:

- 1º) dimensionar e definir grande fortuna;
- 2º) submeter à incidência as pessoas físicas e jurídicas ou somente as físicas;
- 3º) estabelecer método (histórico, de mercado, declarado etc.) para a avaliação da fortuna;
- 4º) optar pela progressividade ou proporcionalidade das alíquotas;
- 5º) fixar a real incidência sobre a fortuna ou apenas criar uma espécie de imposto complementar de renda;
- 6º) prescrever a incidência sobre o patrimônio bruto ou líquido;
- 7º) estabelecer a incidência sobre o patrimônio líquido total ou sobre o patrimônio bruto ou líquido imponible, ou seja, excluindo certas classes de bens, como os objetos de uso pessoal (vestuário e mobiliário), o imóvel residencial da família, as obras de valor histórico ou artístico etc.;
- 8º) estabelecer a incidência sobre a simples posse de grande fortuna (estoque) ou apenas no momento de transferência de cada parcela do patrimônio;
- 9º) regular a incidência sobre o patrimônio bruto, líquido ou imponible ou apenas sobre o acréscimo do patrimônio ou somente sobre a mais-valia do patrimônio;

- 10º) prever, ou não, limite conjugado para a incidência dos impostos sobre grandes fortunas, ganhos de capital e de renda;
- 11º) estabelecer, ou não, alíquotas diversificadas, segundo a natureza dos bens que integrem o patrimônio (produtivos e improdutivos);
- 12º) negociar e celebrar com outros países acordos para evitar a bitributação, particularmente em face dos critérios de incidência, segundo o domicílio do contribuinte ou a situação dos bens (QUEIRÓZ, 1994, pp. 13-23).

As proposições legislativas protocoladas pelos congressistas – sejam estes deputados ou senadores – apresentam, nestes cerca de trinta anos, múltiplas semelhanças entre si, tais como: possuem poucos artigos, poucas medidas antievasivas e redações um tanto quanto simples, sendo que muitas vezes as únicas diferenças se encontram na estrutura das alíquotas e no limite de isenção (CARVALHO, 2011).

Compete-nos também sublinhar as principais críticas à regulamentação do IGF no Brasil, que são as seguintes: a) evasão fiscal – fuga de capitais – para outros países ou ditos paraísos fiscais, onde haveria menor tributação ou até mesmo nenhuma tributação, casos conhecidos como de elisão fiscal; b) a tributação do IGF consumiria elevado custo administrativo para auferir uma baixa arrecadação, não valendo a pena tamanho empreendimento; c) a possibilidade do IGF desvirtuar as alocações de recursos caso seja aplicado em pessoas jurídicas, podendo o contribuinte “inventar” novas pessoas jurídicas até mesmo entre seus familiares (COLLI, 2018; MAMEDE, 2018).

Em contraposição às críticas supracitadas, as principais contribuições que o imposto extrafiscal do IGF poderia nos oferecer seriam as seguintes: a) justiça social e fiscal, atingindo um número limitadíssimo de contribuintes com elevada capacidade contributiva, atacando, dessa forma, a desigualdade social e a regressividade na captação de recursos; b) expansão e ratificação do princípio da capacidade contributiva, respeitando os critérios do art.145, § 1º, CF/88, que define que quem pode mais deveria pagar uma carga tributária progressivamente maior; c) equidade horizontal, suprimindo as falhas de tributação por meio de um complemento dos demais impostos patrimoniais, incidentes especificamente sobre os imóveis urbanos e rurais, todos os tipos de veículos, fundos etc., gerando maior justiça social (CORSATTO, 2000; COLLI, 2018).

Observa-se que há mais de trinta anos a disputa entre argumentos favoráveis e contrários ao IGF está posta na sociedade brasileira, tal disputa alcança, por óbvio, a efetivação da regulamentação do imposto no Brasil em cumprimento ao mandamento constitucional. Advogamos, nesta tese, em favor da imperiosa necessidade da regulamentação do IGF com o fito de utilizá-lo, em sua maior parte, no sentido da

estabilização do orçamento constitucional do Sistema Único de Saúde, de modo a angariarmos a consolidação de seus objetivos, princípios e diretrizes, conforme demanda a própria Constituição Federal (arts. 196-200).

4.5.1.2 O Imposto sobre Grandes Fortunas no Supremo Tribunal Federal: o caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 31/2015 e ADO 55/2019

Na suprema corte brasileira (STF), a discussão em torno do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) tem sido proposta por meio do mecanismo democrático-constitucional da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, prevista pelo art. 103 da Constituição Federal¹⁹².

Até o momento, foram propostas duas ADO's com o intuito do reconhecimento, por parte do STF, de omissão inconstitucional do Congresso Nacional em instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, VII, da Constituição Federal, pois já se passaram mais de três décadas sem a regulamentação legislativa desse imposto de competência federal. As ADO's impetradas no STF foram: ADO nº 31, de 16 de março de 2015, pelo Governador em exercício do estado do Maranhão¹⁹³, e, recentemente, a ADO nº 55, de 2 de outubro de 2019, protocolada por partido político com representação no Congresso Nacional¹⁹⁴.

Sobre a ADO nº 31/2015, o autor justifica a solicitação de regulamentação do IGF com pedido de medida cautelar, primeiramente, defendendo a tese argumentativa de que a ausência de previsão constitucional de repartição de receitas desse tributo atingiria o orçamento das unidades federativas, principalmente a do seu estado, Maranhão, que depende do repasse de recursos federais em diversas áreas de atuação, como educação e saúde.

¹⁹² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (CF/88).

¹⁹³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4733958>. Acesso em 04 nov. 2019.

¹⁹⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5786819>. Acesso em 04 nov. 2019.

Depois de sistematizar as proposições legislativas que estão tramitando no Congresso Nacional há mais de 30 anos, sem perspectiva de aprovação, o autor da ADO nº 31/2015 ressalta a importância do STF fazer valer seu papel de guardião da Constituição Federal, não somente ao notificar o Congresso Nacional sobre sua demora em agir, mas também por meio da delimitação de um prazo para a aprovação definitiva de específico projeto de lei em trâmite sobre a matéria em análise. Conforme redação da ADO 31:

(...) de nada adiantará avisar ao Congresso Nacional a sua mora legislativa e rogar pela edição de lei que há anos é motivo de dezenas de propostas legislativas que se acumulam nas prateleiras do Parlamento sem a deliberação definitiva. É o momento do Supremo Tribunal Federal avançar na guarda do texto constitucional e proclamar a solução provisória, a vigorar enquanto permanecer a omissão legislativa, de modo a promover a efetiva supremacia do diploma constitucional, papel central da Corte Constitucional no Estado Democrático de Direito (STF - ADO nº 31/2015, Relator: min. Alexandre de Moraes, j. 09/04/2018. DJ. 16/04/2018, p. 15).

Caso persista a omissão do Congresso Nacional em regulamentar projeto de lei atinente ao IGF, a ADO nº 31/2015 sugere que deva vigorar – pelo período que permanecer faltoso o Congresso Nacional – o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 10/2015¹⁹⁵, que permite a criação da Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF) que verteria recursos prioritariamente para o Fundo Nacional de Saúde (FNS), financiando, dessa forma, a política pública de saúde.

Conforme justificativa explicitada pela ADO 31/2015:

Pelo projeto, o tributo seria denominado Contribuição Social sobre Grandes Fortunas e incidiria anualmente sobre o patrimônio de pessoas físicas ou espólios apenas a partir de fortunas que ultrapassassem R\$ 4 milhões (quatro milhões de reais), ficando as alíquotas entre 0,40% (zero vírgula quarenta por cento) e 2,10% (dois vírgula dez por cento).

Percebe-se que o PLP 10/2015 não foi apresentado de forma aleatória, amparando-se em dados oficiais da Secretaria da Receita Federal do Brasil e em estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (...).

Para se ter uma ideia da dimensão da arrecadação que haveria com a cobrança do tributo a partir desse projeto, estimada em R\$ 14 bilhões (quatorze bilhões de reais), o valor chega a ser quase equivalente à expectativa de receita contida no orçamento anual do Estado do Maranhão, de R\$ 15 bilhões (quinze bilhões de reais), segundo a Lei

¹⁹⁵ Estudaremos este projeto de lei mais detidamente no próximo tópico quando abordaremos “A Relação entre o Imposto sobre as Grandes Fortunas e o Direito à Saúde no Brasil: uma alternativa financeira para o SUS?”

Orçamentária Anual de 2015 (STF - ADO nº 31/2015, Relator: min. Alexandre de Moraes, j. 09/04/2018. DJ. 16/04/2018, p. 16).

Uma especificidade da ADO nº 31/2015 que podemos destacar é que seu pedido de ação direta de inconstitucionalidade por omissão solicita concessão em sede de medida cautelar, arguindo pela relevância, necessidade e urgência da regulamentação do único imposto ainda não inserido em lei complementar, isto é, ainda não regulamentado. Segundo trecho destacado da ADO, “(...) por conta da omissão inconstitucional, a União está deixando de arrecadar anualmente entre R\$ 14 bilhões e R\$ 100 bilhões, segundo estimativas feitas nos diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional” (STF - ADO nº 31/2015, Relator: min. Alexandre de Moraes, j. 09/04/2018. DJ. 16/04/2018, p. 18).

Concluindo sua solicitação, a ADO em comento resume seus três pedidos para a devida análise pelo STF: a) reconhecer a omissão inconstitucional do Congresso Nacional sobre a regulamentação do IGF; b) fixar o prazo de 180 dias, em virtude da relevância, necessidade e urgência, para que o Congresso Nacional cumpra com seu dever de regulamentar projeto de lei em trâmite; e c) caso o Congresso Nacional permaneça inerte e omissor, o STF deve apontar quais regras vigerão já no presente exercício financeiro, a permitir a cobrança do tributo no próximo e respectivo exercício financeiro.

Na data de 09 de abril de 2018, a ADO 31/2015 foi julgada improcedente pelo ministro relator Alexandre de Moraes, sem resolução do mérito, por não apresentar pertinência temática, um dos requisitos para a impetração da ADO. Segundo voto do relator min. Alexandre de Moraes:

No caso, o Governador do Maranhão não demonstrou, de forma adequada e suficiente, a existência desse vínculo de pertinência temática, apresentando um único argumento: o estado do Maranhão teria interesse na efetiva instituição e arrecadação do IGF, pois, ocorrendo o incremento de receitas da União, o volume a ser partilhado com os Estados seria consequentemente majorado.

(...)

A Constituição, entretanto, não determina repartição obrigatória das receitas eventualmente auferidas com a arrecadação do IGF entre a União e os demais entes (...). Não está, consequentemente, caracterizada a necessária pertinência temática (STF - ADO nº 31/2015, Relator: min. Alexandre de Moraes, j. 09/04/2018. DJ. 16/04/2018).

Com o trânsito em julgado e o devido arquivamento sem resolução do mérito, pois o autor da ADO 31/2015 – no entendimento do ministro relator – não apresentou o

requisito da pertinência temática em relação à matéria, passamos para a discussão em torno da ADO nº 55, de 2019.

A ADO nº 55/2019 foi protocolada junto ao STF na data de 02 de outubro de 2019, por partido com representação no Congresso Nacional e assinada pelo jurista Fábio Konder Comparato, propondo ação direta de inconstitucionalidade por omissão diante da inércia do Congresso Nacional para aprovar lei regulamentar sobre o IGF. Diferentemente da ADO nº 31/2015, não há solicitação de medida cautelar e pedido de urgência.

A ADO 55/2019 compreende três pressupostos para o ajuizamento da ação de inconstitucionalidade por omissão do legislador: a) ratificação da omissão, quando só se aplica mediante lei; b) edição de normas legais impróprias ou deficientes; e c) omissão do legislador em relação a uma norma declaratória de direito fundamental.

A ADO 55/2019 argumenta também que a demora, por parte do Poder Legislativo, em regulamentar o art. 153, VII, da Constituição Federal, pode obstaculizar os objetivos fundamentais de nossa República Federativa, expressos no art. 3º, I e III, da Constituição: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Citando dados apresentados por instituições de pesquisa, a ADO nº 55/2019 chega à seguinte constatação:

(...) o nosso país cobra 32% a menos de impostos sobre a alta renda, em comparação com os países do G7, ou seja, os sete países mais industrializados do mundo. Isto, porque a alíquota máxima de taxação da renda no Brasil é de 27,5%, enquanto que nos países do G7 ela é de 47,9% ao ano (STF - ADO nº 55/2019 - Relator: Min. Marco Aurélio, p. 4).

Em virtude da mora de mais de três décadas, a ADO nº 55/2019 – que atualmente encontra-se em trâmite – finaliza seu pedido solicitando ao STF que declare a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em instituir o imposto sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar, conforme o art. 153, VII, da Constituição Federal.

4.5.1.3 A relação entre o Imposto sobre as Grandes Fortunas e o Direito à Saúde no Brasil: uma alternativa financeira para o SUS?

Constatamos, principalmente no segundo capítulo desta tese, que trata da reserva do financeiramente possível, que a prioridade dada à esfera do capital financeiro não afeta somente o crescimento econômico, mas também e principalmente as áreas sociais, como a

política pública de saúde (CARVALHO, 2018). Sendo assim, as políticas fiscais restritivas, de cortes de gastos e contingenciamentos – como é o caso da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016 – agravam ainda mais o processo de desfinanciamento do SUS, de modo a permitir somente a provisão de um mínimo existencial representado pela aplicação da saúde básica em nosso país, tornando-se, assim, obstáculos para a consecução de princípios como o da universalidade.

Confirmando nossa observação, Colli (2018) assinala o seguinte:

No contexto atual, regido pelo domínio da esfera econômica sobre os recursos do orçamento público, do fundo público e dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, discutem-se em demasia, principalmente em momentos de crises, **medidas de ajuste fiscal que colocam em risco o direito à saúde universal**, optando por uma alteração nas despesas ao invés da proposição de novas fontes de receita para assegurar e ampliar a oferta de bens e serviços públicos à população (COLLI, 2018, p. 58, grifo nosso).

Sempre tomando como referência a Constituição da República Federativa do Brasil, sistematizaremos os argumentos mais importantes utilizados no âmbito do principal projeto de lei complementar – PLP nº 10/2015 – que direciona diretamente os recursos financeiros auferidos da tributação do IGF – rebatizado nesse projeto de Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF) – para a integralidade do Fundo Nacional de Saúde (FNS), com a incumbência de cumprir com os desígnios de um efetivo direito universal à saúde, respeitando seus objetivos, princípios e diretrizes.

O projeto a ser analisado e que propõe a Contribuição Social sobre Grandes Fortunas para o investimento integral na política pública de saúde é o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 10, de 05 de fevereiro de 2015, apresentado pelos Deputados Jandira Feghali (PC do B-RJ), Leonardo Picciani (PMDB-RJ), Eduardo da Fonte (PP-PE) e outros, com a seguinte Ementa: “Cria a Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF), e dá outras providências”¹⁹⁶. Atualmente, encontra-se apensado ao PLP 277/2008¹⁹⁷.

Pelo projeto em análise, o tributo teria sua denominação alterada de Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) para Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF) e

¹⁹⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946045>. Acesso em 24 out. 2019.

¹⁹⁷ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149&ord=1>. Acesso em 24 out. 2019.

incidiria anualmente sobre o patrimônio de pessoas físicas ou espólios apenas a partir de fortunas que ultrapassassem o valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), estabelecendo alíquotas entre 0,40% e 2,10%, esta última a incidir sobre valores que ultrapassem R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), conforme Tabela 9 apresentada no art. 6º do PLP:

Tabela 9 - Proposta de tributação da CSGF inserida pelo art. 6º do PLP 10/2015

Valor do Patrimônio (R\$)	Alíquota	Parcela a deduzir (R\$)
De R\$ 4.000.000,01 a R\$ 7.000.000,00	0,40%	16.000,00
De R\$ 7.000.000,01 a R\$ 12.000.000,00	0,50%	23.000,00
De R\$ 12.000.000,01 a R\$ 20.000.000,00	0,60%	35.000,00
De R\$ 20.000.000,01 a R\$ 30.000.000,00	0,80%	75.000,00
De R\$ 30.000.000,01 a R\$ 50.000.000,00	1,00%	135.000,00
De R\$ 50.000.000,01 a R\$ 75.000.000,00	1,20%	235.000,00
De R\$ 75.000.000,01 a R\$ 120.000.000,00	1,50%	460.000,00
De R\$ 120.000.000,01 a R\$ 150.000.000,00	1,80%	820.000,00
Acima de R\$ 150.000.000,00	2,10%	1.270.000,00

Fonte: Projeto de Lei Complementar – PLP nº 10, de 2015.

Os cálculos lastreados por dados oficiais publicados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e estudos técnicos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) resultariam, de acordo com a justificativa anexada ao PLP, em uma arrecadação anual da ordem de R\$ 14 bilhões de reais para a política pública de saúde, caso aprovada a regulamentação do IGF, conforme o texto: “(...) uma expectativa de arrecadação anual de mais de 14 bilhões, sendo que 74% do total arrecadado viriam de apenas menos de mil indivíduos cujo patrimônio ultrapassa R\$ 100 milhões” (PLP 10/2015, p. 7).

O PLP em análise defende que o tributo deva ser aplicado anualmente, apresentando como base de cálculo a totalidade do patrimônio líquido. A proposta também faz uso de alíquotas progressivas e considera a exclusão de bens sujeitos à isenção, como obras de arte e joias, por exemplo.

A alternativa da utilização de uma contribuição social no lugar de um imposto permitiria ao governo federal partilhar sua receita com os entes subnacionais – estados, Distrito Federal e municípios –, os quais, por meio dos seus respectivos governadores e prefeitos, teriam todo o interesse de aprovar esta nova fonte de recursos para seus deficitários orçamentos, aumentando, com isso, o poder de barganha dos governadores e deputados estaduais para a aprovação do PLP (COLLI, 2018).

Além disso, diferentemente dos impostos, a contribuição social é vinculada, ou seja, tributariamente amarrada a uma finalidade específica, no caso em comento, deveria ser destinada especificamente ao Fundo de Saúde, como prevê seu art. 9º:

Art. 9º O produto da arrecadação da CSGF será depositado direta e integralmente no Fundo Nacional de Saúde e será destinado, exclusivamente, ao financiamento das ações e serviços de públicos de saúde.

§1º Será integralmente repassado ao Fundo Nacional de Saúde, com recursos provenientes do Orçamento Fiscal, o montante equivalente ao valor desvinculado da Contribuição Social sobre Grandes Fortunas, na forma prevista no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no mês subsequente ao do registro da receita no Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI (grifo nosso).

Dessa forma, a instituição de uma contribuição social sobre as grandes fortunas seria mais uma necessária fonte de recursos destinada a auxiliar no combate à crise do financiamento da saúde pública brasileira, atingindo parcelas de patrimônio não alcançadas por nenhum outro imposto existente. Adicionalmente, atuaria como tributo complementar, pois a declaração total de bens proporcionada pelo imposto amenizaria o risco de sonegação fiscal inerente às demais contribuições pertencentes ao âmbito do Direito Tributário brasileiro (COLLI, 2018; CORSATTO, 2000).

Argumentamos, ademais, que o mencionado projeto de lei complementar, que tramita atualmente no Congresso Nacional, está em sintonia com o mandamento constitucional presente no art. 197, o qual afirma que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Dessa forma, propõe que a integralidade dos recursos financeiros auferidos pela Contribuição Social sobre Grandes Fortunas (CSGF) seja depositada no

Fundo Nacional de Saúde (FNS), transferindo parcelas de contribuição respectivamente para os Fundos Estaduais e Distrital da Saúde e para os Fundos Municipais.

4.6 A PROPOSTA JURÍDICO-ECONÔMICA DA AUDITORIA CONSTITUCIONAL DA DÍVIDA PARA A CONSOLIDAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

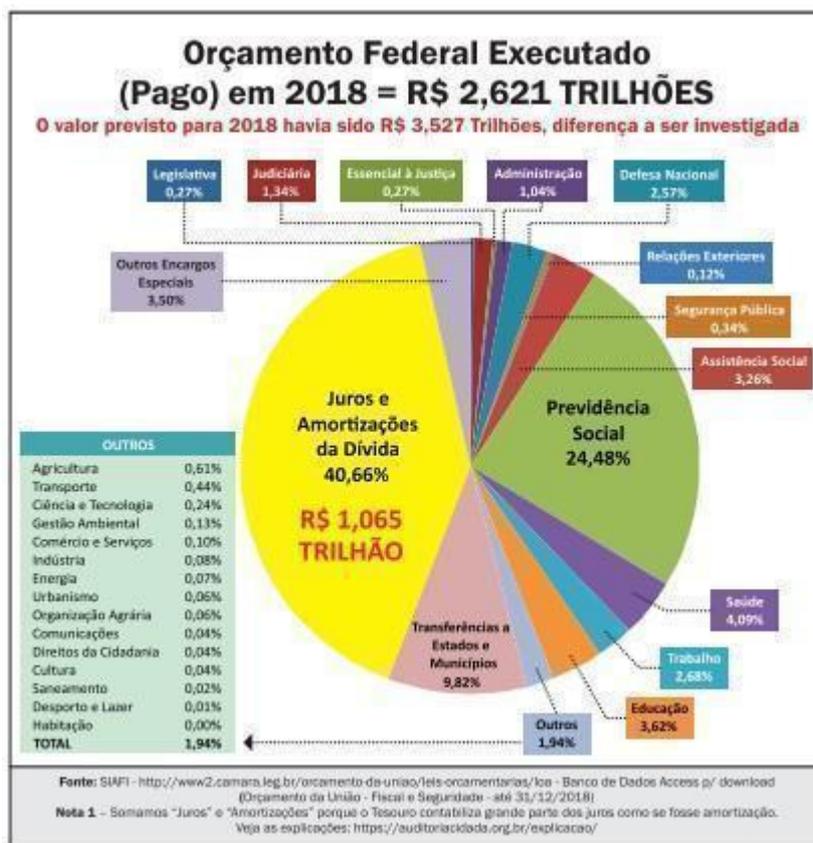
Além da proposta constitucional da regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) com vistas à equalização do orçamento sanitário nacional, outra medida jurídico-econômica ora proposta por nós – e também lastreada na Constituição Federal – é à auditoria da dívida, prevista no art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Assim como o IGF, tal proposta ainda não foi efetivada pelo parlamento brasileiro, apesar das iniciativas institucionais apresentadas com esse propósito.

Defendemos que a realização da auditoria constitucional da dívida pública brasileira se configura como um mecanismo de fundamental importância para o fortalecimento do orçamento da saúde pública via SUS, sendo essencial para a consolidação dos seus objetivos constitucionais. O fundamento para tal empreendimento assenta-se na característica basilar de relevância pública (art. 197, CF/88) que reveste os serviços e ações de saúde.

4.6.1 Da Proposta Jurídico-Econômica da Auditoria da Dívida para a Equalização do Orçamento Sanitário

Nos últimos anos o Governo brasileiro tem direcionado a maior parte do seu orçamento para o pagamento de juros e amortizações da dívida, sacrificando, em contrapartida, os investimentos sociais em educação, saúde, cultura, habitação, saneamento, dentre outras rubricas que integram o orçamento social (CARVALHO, 2018). É o que demonstra o Gráfico 6, elaborado pela Auditoria Cidadã da Dívida sobre o Orçamento Geral da União (OGU) executado em 2018:

Gráfico 6 - Orçamento Federal Executado (pago) em 2018



Fonte: Auditoria Cidadã da Dívida. Reprodução.

De acordo com o Gráfico 6 acima, um total de 40,66%, ou mais de R\$ 1 trilhão de reais, dos recursos do Orçamento Geral da União (OGU) foi destinado ao pagamento da dívida pública federal, formada por juros e amortizações. Em contrapartida, o orçamento da política pública de saúde recebeu dez vezes menos, ou seja, apenas 4,09%, explicitando, dessa maneira, uma diferença considerável na prioridade orçamentária do Governo Federal.

O Gráfico 6 não expressa uma questão conjuntural, isto é, uma ação do Governo federal do momento, mas uma questão estrutural, que perpassa governos de diferentes matizes ideológicos. Já o Gráfico 7 a seguir demonstra uma série histórica de gastos selecionados do orçamento federal (1995 – 2016). Comprova-se por meio dele que, estruturalmente, o pagamento de juros e amortizações da dívida pública tem sido o maior gasto federal, superando todas as demais despesas, enquanto a rubrica responsável pelo financiamento do SUS esteve sempre estagnada, recebendo um valor estavelmente irrisório, o que ressalta mais uma vez o desfinanciamento crônico da saúde pública em nosso país (FATTORELLI; ÁVILA, 2017).

Gráfico 7 - Orçamento Geral da União – Gastos selecionados (R\$ milhões)

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional/Siafi. Reprodução.

Nota 1: Inclui a 'amortização' ou 'refinanciamento' da dívida, tendo em vista que a CPI da Dívida Pública realizada na Câmara dos Deputados comprovou que grande parte dos juros está sendo contabilizada como se fosse 'amortização' ou 'refinanciamento' (rolagem).

Nota 2: Foram somadas as despesas de saúde e saneamento para possibilitar o comparativo dos gastos no período, tendo em vista que até o ano 2000 tais rubricas eram apresentadas conjuntamente.

Fonte: FATORELLI; AVILA (2017). Reprodução.

A dívida brasileira total ultrapassa 3 trilhões de reais – 78% do PIB – (FATORELLI, 2018) ao custo de uma elevada carga tributária regressiva – que taxa mais o consumo e a produção do que a renda e o patrimônio, ou seja, taxa mais os pobres e a classe média do que os ricos (SALVADOR *et. al.* 2019) – e assenta-se principalmente na estipulada equação do superávit primário¹⁹⁸, a saber, câmbio flutuante, metas de inflação e altas taxas de juros instrumentalizados pela autonomia operacional do Banco Central do Brasil; o que transforma nosso país em “plataforma de valorização financeira internacional” (PAULANI, 2008, p. 9) para favorecimento dos principais credores do capital improdutivo.

Importante abordarmos o problema do sistema da dívida neste trabalho, pois há constantemente uma tentativa de omissão na divulgação dos gastos relativos à dívida pública brasileira, os quais, no entanto, não podem ser negligenciados ou apresentados de forma parcial, como demonstram os gráficos mencionados anteriormente. Segundo Fattorelli e Ávila (2017), o maior culpado pela crise fiscal por que passa nosso país seria o prejuízo gerado pelo pagamento da dívida, e não os propalados gastos sociais, cruciais para

¹⁹⁸ Economia que o Governo faz destinada ao pagamento de juros da dívida e quitação de parte dessas dívidas (CARVALHO, 2018).

a efetivação das políticas públicas constitucionalizadas, inclusive a política pública de saúde.

Segundo Dowbor (2018), Fattorelli e Ávila (2017), o enviesamento perpetrado pelo sistema financeiro ao culpabilizar os gastos sociais pela falta de recursos públicos tem o condão de, na mesma medida, isentar os gastos totais despendidos com a dívida da liquidação desses mesmos recursos. Tal dinâmica contribui para justificar o aprofundamento do ajuste fiscal, materializado no corte das despesas primárias¹⁹⁹ e no aprofundamento das privatizações em setores estratégicos de nossa economia, bem como em propostas de reformas de grande impacto social, como as reformas trabalhista e previdenciária recentemente aprovadas, ao mesmo tempo em que isenta o Estado brasileiro de enfrentar o principal problema que envolve a questão: a regulamentação constitucional da auditoria da dívida pública.

Com a aprovação e vigência da Emenda Constitucional nº 95/2016, o ajuste fiscal, de acordo com Fattorelli e Ávila (2017), foi constitucionalizado no Brasil, aprofundando ainda mais a situação de crise orçamentária para as políticas públicas de vertente social, como o SUS:

A partir da aprovação da Emenda Constitucional 95, **o ajuste fiscal foi parar no texto constitucional** e, por 20 anos (!), todas as despesas primárias ficarão limitadas ao patamar de 2016, ano de crise e contenção brutal de gastos, podendo haver simplesmente uma atualização anual pelo IPCA. **É evidente o impressionante retrocesso que tal medida provocará nos direitos sociais (...)** (FATTORELLI; ÁVILA, 2017, p. 12, grifo nosso).

Para Dowbor (2018), Fattorelli e Ávila (2017), a reforma que o Brasil mais necessita se refere à auditoria constitucional da dívida pública, concomitantemente à modificação da atuação do Banco Central, com o intuito de estancar o excesso de gastos financeiros com a dívida pública, que tem consumido, como vimos nos gráficos acima, quase metade do Orçamento Geral da União (OGU). O mais grave nesse cenário é que se trata de uma dívida que continua a crescer ostensivamente, devido aos seguintes fatores recessivos que a alimentam: a) pagamento de juros excessivamente altos, contrariando o art. 167, III, da Constituição Federal, que impede a emissão de títulos da dívida para pagar

¹⁹⁹ Despesas primárias correspondem a todas as despesas para a manutenção do Estado e serviços prestados para a população, exceto as despesas financeiras com a dívida pública (FATTORELLI; ÁVILA, 2017).

despesas correntes, tais como salários e juros²⁰⁰; b) pagamento de juros sobre juros, conhecido como anatocismo, o que é ilegal conforme Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal – STF²⁰¹; c) remuneração da sobra de caixa dos bancos, as denominadas operações compromissadas²⁰²; e, d) prejuízos do Banco Central com operações de swap cambial²⁰³, na casa dos R\$ 200 bilhões anualmente.

4.6.2 Histórico da Auditoria da Dívida Pública no Brasil

A fim de iniciarmos este debate, importa destacar que o Brasil já realizou uma auditoria da dívida. Em razão da crise econômica de 1929, precipitada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque, o Brasil foi atingido por problemas no balanço de pagamentos e na política cambial da década de 1930, o que fez com que o Governo do Estado Novo (1930-45) realizasse a primeira, e até hoje a única, auditoria oficial da dívida externa (GONÇALVES, 2003).

O governo federal à época dividiu a auditoria em seis fases: na primeira fase – iniciada em 1931 – foi suspensa a dívida para avaliação das irregularidades e abusos dos credores; na segunda, também em 1931, foi realizada a renegociação da dívida externa; na terceira, em 1934, foram reduzidos os juros e adiadas as amortizações; na quarta fase, em 1937, houve o controle cambial sobre a importação de bens e serviços e remessas de lucros e dividendos; na quinta, em 1940, foi respeitada a capacidade de pagamento do Brasil em relação à sua balança comercial; e, na última fase, em 1943, foram reduzidos, de forma cabal, os juros e amortizações (GONÇALVES, 2003).

²⁰⁰ “Art. 167. São vedados:

(...)

III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (CF/88).

²⁰¹ “Súmula 121 do STF: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2000>. Acesso em 25 out. 2019.

²⁰² Operações compromissadas são aquelas em que o Banco Central vende ou compra títulos públicos com o compromisso de os recomprar ou revender em uma data futura. Na prática, correspondem à remuneração da sobra de caixa dos bancos e são, também, responsáveis pela alta taxa de juros de mercado, pois instituem cenário de escassez de moeda na economia (FATTORELLI; ÁVILA, 2017).

²⁰³ Swap cambial é uma ferramenta utilizada pelo Banco Central para intervir nos efeitos da desvalorização do câmbio e da inflação. O uso do Swap é comum em regimes de câmbio flutuante, nos quais as taxas de câmbio oscilam frequentemente e precisam da intervenção das autoridades para que permaneçam em níveis adequados (MOREIRA, 2019).

Anos depois do sucesso da realização dessa auditoria, ocorre um movimento em sentido oposto que precipita nova ascendência da dívida no Brasil. O movimento em questão inicia-se com o aprofundamento do projeto denominado desenvolvimentismo nacional (anos 1950-60), que culminou na consolidação da substituição das importações e na construção de Brasília, e desenvolve-se até alcançar seu auge com o endividamento ocorrido no decurso dos governos militares (1964-85), durante o denominado “Milagre Econômico” e o II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND). A dívida, que nos anos 1950 estava no patamar de US\$ 2,5 bilhões, cresce nos anos 1980 para US\$ 52,8 bilhões.

O desenvolvimentismo conservador (BACELAR; BENJAMIN, 1995) desse período se processa ao custo de empréstimos a juros flutuantes realizados por credores internacionais por meio de organismos multilaterais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM), que, em contrapartida, prescrevem ao país listas de recomendações que incluem propostas como arrocho fiscal, privatização de empresas estratégicas e abertura para aporte e investimento pelo capital financeiro (TAVARES, 1998).

Os efeitos colaterais negativos que acompanham essas contrapartidas levam a um agravamento da situação econômica brasileira, já alvejada pelos efeitos da crise iniciada com os choques do petróleo de 1973 e 1979, os altos índices de inflação, a crise do México e o aumento unilateral da taxa de juros por parte dos Estados Unidos. Tal cenário leva o Governo Sarney (1985-90) a decretar moratória, dobrando mais uma vez a dívida brasileira, de US\$ 52,8 bilhões para US\$ 105,2 bilhões (FATTORELLI, 2003).

Diante da nova consolidação do sistema da dívida nos anos 1980, grupos organizados da sociedade civil brasileira exigiram uma auditoria da dívida que demonstrasse, de forma transparente, quem são os credores, quais as possíveis irregularidades envolvidas nos contratos firmados junto aos organismos internacionais e quais critérios os regeram. O ápice desse movimento se deu com a tentativa de constitucionalizar uma auditoria da dívida que, ao final, obteve relativo êxito em constar no texto da Carta Política, mesmo que na seção de disposições transitórias (art. 26-ADCT/CF, 88).

Diante da pressão da sociedade civil, foram criadas, no Congresso Nacional, duas comissões com o intuito de auditar a dívida da época, nos específicos anos de 1983 e, logo após, no ano de 1987. A primeira foi uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Câmara dos Deputados instituída pelo Requerimento nº 8/83, instalada em 16 de agosto de

1983²⁰⁴ com a tarefa de apurar as causas e consequências da dívida brasileira e o acordo com o FMI. A segunda, por sua vez, foi uma Comissão Especial do Senado Federal para a Dívida Externa, instituída pelo Requerimento nº 17/87, instalada em 14 de abril de 1987²⁰⁵ com a tarefa de examinar a questão da dívida externa brasileira, avaliando as razões que levaram o Governo a suspender o pagamento dos encargos financeiros dela decorrentes, nos planos externo e interno (SILVA; CARVALHO; MEDEIROS, 2009).

Segundo Silva e colaboradores (2009), o resultado dessas duas comissões instaladas antes da Constituição de 1988 revelou, entre outras irregularidades, as seguintes: falta de transparência no endividamento contratado e autorizado pelo Banco Central; alta unilateral das taxas de juros por bancos privados de Nova Iorque e Londres; cláusulas abusivas; falta de tradução dos contratos; renegociação e pagamento da dívida sem respeitar o valor de mercado; foro para dirimir controvérsias localizado fora do Brasil. Daí depreende-se que os desvios identificados flexibilizaram a soberania do Estado brasileiro diminuindo sua margem de manobra no controle de capitais.

Para que o resultado dessas duas comissões sobre a dívida não estagnasse no Congresso, houve nova pressão social na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 para que a auditoria constasse no texto da nova Constituição, o que foi ratificado por meio da inserção do artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição promulgada em 1988.

4.6.3 A Constitucionalização da Auditoria da Dívida e seus Desdobramentos Pós-Constituição

A Constituição brasileira de 1988 sancionou um pacto civilizatório, amplamente discutido e votado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, entre os vários matizes ideológicos surgidos na conjuntura da redemocratização e do ascenso das lutas sociais ocorrido no período.

Dentre os temas que integraram o pacto civilizatório que forjou a Constituição brasileira, está o da auditoria da dívida. Esta foi normativamente constitucionalizada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Conforme Barroso (2017), em que pese a classificação como transitória, a seção possui o mesmo valor de norma jurídica do

²⁰⁴ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03SET1985SUP.pdf#page%3D1>. Acesso em 25 out. 2019.

²⁰⁵ Não há texto na internet sobre o Requerimento do Senado Federal datado de 1987.

texto permanente da Constituição, devendo ser cumprida conforme os ditames do art. 26 do ADCT:

ADCT. Art. 26. No prazo de um ano a contar da promulgação da Constituição, o Congresso Nacional promoverá, através de comissão mista, exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro.

§ 1º A Comissão terá a força legal de Comissão parlamentar de inquérito para os fins de requisição e convocação, e atuará com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

§ 2º Apurada irregularidade, o Congresso Nacional proporá ao Poder Executivo a declaração de nulidade do ato e encaminhará o processo ao Ministério Público Federal, que formalizará, no prazo de sessenta dias, a ação cabível (Art. 26 – ADCT, CF/88, grifo nosso).

Em observância ao artigo mencionado, foi instalada mais uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), desta vez mista – envolvendo Câmara e Senado –, em 11 de abril de 1989²⁰⁶, com o objetivo de examinar analítica e pericialmente os atos e fatos geradores do endividamento brasileiro. Seus resultados, porém, foram arquivados.

Na década de 1990, a dívida brasileira aumentou em mais de 100 bilhões de dólares, em razão de acordos sem nenhum tipo de regulação com o tesouro americano, articulados pelo secretário daquele país, Nicholas Brady – episódio que ficou conhecido como “iniciativas Brady”. O evento em questão suscitou uma série de reveses ao Brasil, tais como: ressuscitou dívidas consideradas pagas; implementou mecanismos liberalizantes na economia, como uma forma mais radicalizada de capitais de curto prazo (*hot money*) com a finalidade de especular, dados os vantajosos juros dos títulos brasileiros; e provocou a privatização de setores públicos, inclusive a privatização do crédito da dívida quitada com dinheiro do Tesouro (GONÇALVES, POMAR, 2002).

Na esteira desses eventos, em decorrência das crises econômicas asiática (1997) e russa (1998), o Brasil acorda com o FMI, em 1999, a consolidação do tripé da política econômica favorável ao sistema da dívida: 1) esforço para construir um forte superávit primário através de aumentos recordes de arrecadação tributária e corte nos investimentos sociais para pagamento de juros da dívida; 2) câmbio flutuante para que o capital financeiro possa circular sem nenhum tipo de controle ou mínima taxaço do Estado, como a isenção

²⁰⁶ Há um sítio eletrônico bem embasado sobre as principais discussões relatadas pela CPI Mista de 1989, construído pelo movimento da Auditoria Cidadã da Dívida no Brasil. Disponível em: https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/04/Resumo_e_Cita%3%a7%3%b5es_do_trabalho_realizado_pela_Comiss%3%a3o_M-ista_Especial_do_Senado_1987-1.pdf. Acesso em 25 out. 2019.

de lucros e dividendos; e 3) as mais altas taxas de juros combinadas com metas de inflação, comandadas pela independência operacional do Banco Central lastreada por leis de ajuste como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) (PAULANI, 2008).

Desde então, o Orçamento Geral da União (OGU) repassa de 30 a quase 50% dos recursos para o pagamento de juros e amortizações da dívida, o que se configura como uma inconstitucionalidade, já que não há respeito à auditoria da dívida (art. 26, ADCT) nem à decisão do próprio STF que julgou ilegal o pagamento de juros sobre juros (anatocismo), por meio de sua Súmula 121.

Diante dessa situação, em 2004, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respaldada por seu Conselho Federal, impetrou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 59 para que o Congresso Nacional fosse acionado para o cumprimento do art. 26 do ADCT²⁰⁷.

Cinco anos depois, em 2009, também foi instalada mais uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Câmara dos Deputados para averiguar a situação da dívida no Brasil. O relatório resultante dos seus trabalhos²⁰⁸ – concluído em 2010 – externou que não existiam indícios de irregularidades que pudessem recomendar uma auditoria da dívida e nem o devido envio do relatório final para o órgão fiscalizador do caso em si – o Ministério Público Federal. Dessa forma, segue sem solução a saga que envolve o cumprimento do preceito fundamental contido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) acerca da regulamentação da auditoria constitucional da dívida.

Considerando os fatos elencados acima, entendemos como urgente a realização da auditoria da dívida, para que o Estado brasileiro possa implementar de forma efetiva as políticas públicas necessárias a uma sociedade mais justa e igualitária, em conformidade com os preceitos contidos na nossa Constituição, e como mecanismo de proteção em relação a eventuais efeitos adversos provocados pela crise econômica mundial.

²⁰⁷ A ação em tela será discutida em detalhes no próximo tópico desta tese. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260038>. Acesso em 25 out. 2019.

²⁰⁸ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em 25 out. 2019.

4.6.4 A Auditora da Dívida no Supremo Tribunal Federal: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 59/2004.

No Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Federal da OAB ingressou com pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 59²⁰⁹, em de 07 de dezembro de 2004, questionando a omissão do Congresso Nacional quanto ao disposto no art. 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. A ação em tela solicita o cumprimento da auditoria constitucional da dívida. Atualmente, a ADPF 59/2004 encontra-se em trâmite aguardando decisão pela Suprema Corte, tendo como relator o ministro Luís Roberto Barroso.

De acordo com o texto da ADPF 59/2004, o art. 26 da ADCT, “na medida em que se imbrica com dispositivos que cuidam da soberania do país, da dignidade da pessoa humana e outros aspectos inseridos na CF, configura-se como **preceito fundamental**” (ADPF 59, 2004, p. 3, grifo nosso).

Para a ADPF citada, proposta pelo Conselho Federal da OAB, há explícita omissão do Congresso Nacional e do Poder Executivo brasileiros ao não efetivar o art. 26 do ADCT. Observa-se que a omissão em questão materializa-se não apenas na renúncia à formação de uma comissão mista – composta por membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – como também na recorrentemente abstenção por parte desses entes – nesses mais de trinta anos de promulgação da Constituição Federal – em efetuar um exame analítico e pericial dos atos e fatos geradores de nosso endividamento externo, conforme parte final do disposto no art. 26 da ADCT.

A ADPF 59/2004 aponta as principais causas e consequências da omissão que descumpre o preceito fundamental em foco, conforme excerto do documento elaborado:

A natureza de preceito fundamental do comando normativo decorre do grau do endividamento externo pátrio, da possibilidade de seu repúdio, das repercussões desse endividamento e repúdio na soberania do Brasil, na dignidade da pessoa humana e na pretensão de erradicação da pobreza (artigos 1º e 3º da C.F.) e ainda da possibilidade de aplicação de sanções aos responsáveis pelo endividamento irregular, preservando-se em seu aspecto mais amplo o sentido de república (artigo 1º) (STF - ADPF 59, 2004, p. 4).

Após sistematizar o histórico do endividamento brasileiro dos anos 1970 até os anos 1990, além de enumerar as frustradas tentativas de criação de comissões mistas com o

²⁰⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260038>. Acesso em 04 nov. 2019.

intuito de auditar a dívida, o Conselho Federal da OAB, por meio da ADPF 59/2004, argumenta que o endividamento externo brasileiro representou o comprometimento das receitas de exportação para fins de pagamento de juros e amortização da dívida no período, por não proceder ao exame analítico e pericial imposto pelo mandamento constitucional da ADCT:

Evidenciado que o Congresso Nacional não deu cumprimento ao artigo 26 do ADCT, posto que não procedeu, como manda a Constituição, exame analítico e pericial na íntegra dos atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro, evidenciado que o ato omissivo impugnado detém a natureza de ato sindicável por meio da presente medida, mostra-se cabível o ajuizamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (STF - ADPF 59, 2004, p. 12).

Por fim, o pedido da ADPF 59/2004 reafirma o descumprimento de preceito fundamental por parte, principalmente, do Congresso Nacional, ao recorrentemente se omitir de formar comissão mista competente para promover o exame analítico e pericial integral dos respectivos fatos geradores do endividamento externo brasileiro, em respeito à soberania nacional e aos preceitos fundamentais:

Por todo o exposto, pede o autor seja julgada procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **determinando-se ao Congresso Nacional que promova e ultime, através de comissão mista, exame analítico e pericial integral, sob todos os aspectos, de todos os atos e fatos geradores do endividamento externo brasileiro**, cumprindo-se integralmente as prescrições do artigo 26 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, que se vincula com preceitos fundamentais, tais como a soberania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º da C.F.), a erradicação da pobreza (art. 3º, III, da C.F.) e também o próprio princípio republicano, no sentido de adequado trato da coisa pública pelos agentes do Estado (STF- ADPF 59, 2004, pp. 13-14, grifo no original).

Como já afirmamos, esta ADPF impetrada pela OAB no STF foi protocolada no ano de 2004, ou seja, há mais de 15 anos, contudo ainda aguarda decisão da Suprema Corte sobre a questão, fato que expõe adicionalmente a mora por parte do STF em julgar essa demanda²¹⁰.

²¹⁰ A título de curiosidade, o juiz Waldemar Cláudio de Carvalho, da 14ª Vara Federal de Brasília, em decisão liminar de 4 de junho de 2018, atendendo a pedido da associação “Auditoria Cidadã da Dívida”, concedeu o prazo de 30 dias para que o Congresso Nacional criasse uma comissão mista com o objetivo de auditar a dívida externa do país. No dia seguinte, em 5 de junho de 2018, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1 – suspendeu a decisão da primeira instância acolhendo recurso da Advocacia Geral da União – AGU, que alegou violação do princípio da separação dos poderes e grave lesão à ordem público-

4.6.5 A Auditoria da Dívida e a Prioridade pelo Orçamento da Saúde: ratificando um direito de relevância pública

Nosso primeiro objetivo, para que se cumpra a proposta jurídico-econômica apresentada neste tópico, é que se realize o mandamento constitucional da auditoria da dívida, conforme explicitado acima, para que se efetive o art. 26 do ADCT. O segundo ponto que defendemos é o de que, caso seja efetivada a auditoria da dívida, o orçamento resultante desse procedimento seja alçado em benefício do Fundo Nacional de Saúde (FNS), dado o qualificativo que somente o direito à saúde possui, o de direito de relevância pública, de acordo com o art. 197 da Constituição Federal. Com isso, busca-se respeitar tanto os objetivos e fundamentos da República quanto os princípios e diretrizes que compõem o Sistema Único de Saúde (SUS).

A auditoria constitucional da dívida seria um instrumento importante para a equalização do orçamento da saúde pública com o propósito de cumprir os objetivos constitucionais do direito à saúde em nosso país. Mais importante seria ainda a realização da auditoria na atualidade, haja vista a aprovação e vigência da limitação do investimento público por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016.

Quando tratamos da reserva do financeiramente possível e do delicado quadro do orçamento da saúde no Brasil, sistematizamos as consequências da vigência da EC 95/2016, conforme análise realizada em tópico anterior. A emenda em questão estabelece um teto para as despesas primárias do Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que tal teto terá sua base fixada no valor das despesas pagas no exercício financeiro de 2016, data da vigência da proposição e ano em que presenciamos uma crise econômica aguda em nossa conjuntura.

Do exercício financeiro do ano de 2016 até o exercício financeiro de 2036, ou seja, durante um período de 20 anos, o teto estipulado pela EC 95 será corrigido apenas pela inflação – utilizando como referência o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) – do respectivo ano anterior. Dessa maneira, em termos reais, a despesa primária se estagnaria, congelando-se no valor real do seu primeiro ano de vigência – 2016. No específico caso do financiamento da saúde, vigoraria o percentual estipulado pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015, equivalente a 15% da receita corrente líquida (VIEIRA; BENEVIDES, 2016; SANTOS; FUNCIA, 2019).

Como relatado anteriormente neste trabalho, de acordo com estimativas apresentadas por Vieira e Benevides (2016), a EC 95/2016 retirará do Sistema Único de Saúde algo em torno de R\$ 400 bilhões de reais em 20 anos, caso seja considerado o crescimento anual do PIB a 2,0% e a taxa de variação do IPCA em 4,5%. Com isso, o mínimo de investimento para saúde seria de 12% da Receita Corrente Líquida dez anos depois da aprovação da emenda, em 2026, e de 9,4% no último exercício financeiro de 2036, bem abaixo, portanto, dos 15% estipulados pela EC 86/2015 e que serviria de parâmetro para o escalonamento da EC 95.

Além das perdas orçamentárias retratadas anteriormente, Fattorelli e Ávila (2017) apontam outras. Segundo os autores, os valores divulgados pelo governo federal como relativos a Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) não são exclusivamente os efetivamente gastos durante o exercício financeiro corrente, incluindo também recursos empenhados e não gastos, sob a justificativa de que eles seriam executados no ano seguinte, na forma de restos a pagar e, que, geralmente, essa rubrica de restos a pagar é transferida também para o pagamento dos títulos da dívida.

Apenas a título de comparação, no ano de 2016, ano da aprovação da EC 95, o governo declarou que investiu R\$ 106 bilhões de reais com ASPS, valor este menor que um décimo dos gastos com a dívida pública federal formada por juros e amortizações (FATTORELLI; ÁVILA, 2017).

Dessa forma, entendemos que resta demonstrada a urgência da efetivação da auditoria constitucional da dívida para que seu resultado financeiro seja utilizado como recurso orçamentário de relevância pública sanitária com o escopo de equalização do financiamento da política pública de saúde no Brasil, objetivando-se, com isso, o cumprimento dos parâmetros caracterizadores do nosso SUS Constitucional. Veremos, a seguir, o exemplo concreto do Equador, que direcionou o resultado da efetivação da auditoria de sua dívida para o investimento em saúde pública.

4.6.6 A Questão Equador: fortalecimento do orçamento da saúde pública por meio da auditoria da dívida

Os adversários da auditoria da dívida argumentam que tal instrumento pode causar pânico no mercado financeiro internacional, gerando caos na política econômica e consequente isolamento do país na geopolítica internacional. Exemplificaremos a experiência do Equador, que realizou uma auditoria oficial da dívida comandada pelo

governo federal em 2007 e, que, como consequência direta, aumentou os recursos financeiros investidos nas políticas públicas de cunho social, principalmente na política pública de saúde.

Dos países que se tem notícia por meio do sítio eletrônico da Auditoria Cidadã da Dívida²¹¹ que estão tentando realizar uma auditoria das suas respectivas dívidas – Argentina, Portugal, Grécia, Espanha e Irlanda, entre outros –, o Equador foi o único até o momento que realizou uma auditoria oficial. Em 2007, o governo federal equatoriano editou o Decreto 472 criando a Comissão para a Auditoria Integral do Crédito Público (CAIC) com a tarefa de auditar oficialmente a dívida de seu país²¹². Os objetivos principais eram analisar a situação real da dívida externa e interna, pública e privada, e seus impactos econômicos e sociais (CORREA, 2015)²¹³.

O relatório final evidenciou irregularidades e ilegalidades baseadas em documentos jurídicos acordados com organismos multilaterais e credores internacionais. Dentre estas, destacam-se a transformação da dívida externa em interna, contratual em bônus, privada em pública e uma espécie de reciclagem de dívidas vencidas ou por vencer, desrespeitando a soberania do Equador (CORREA, 2015).

Em 2008, o Governo suspendeu os pagamentos aos detentores dos títulos da dívida pública e enviou o relatório final para organizações e tribunais jurídicos internacionais, obtendo êxito na argumentação pela auditoria respaldada em nível internacional. A proposta final do Governo equatoriano, realizada em 2009, foi acatar entre 25 e 30% do valor dos títulos para pagamento, a qual foi aceita por 95% dos credores, dadas as fundamentadas provas jurídicas que continham o relatório final (FATTORELLI; ÁVILA, 2017).

Com os recursos obtidos em razão da auditoria da dívida, o governo equatoriano à época aumentou o investimento em saúde de US\$ 437 milhões para US\$ 3,4 bilhões e, somente no ano de 2010, foram reformados e/ou criados 497 (quatrocentos e noventa e sete) hospitais e centros de saúde, além de terem sido entregues para a população 155

²¹¹ Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br>. Acesso em 25 out. 2019.

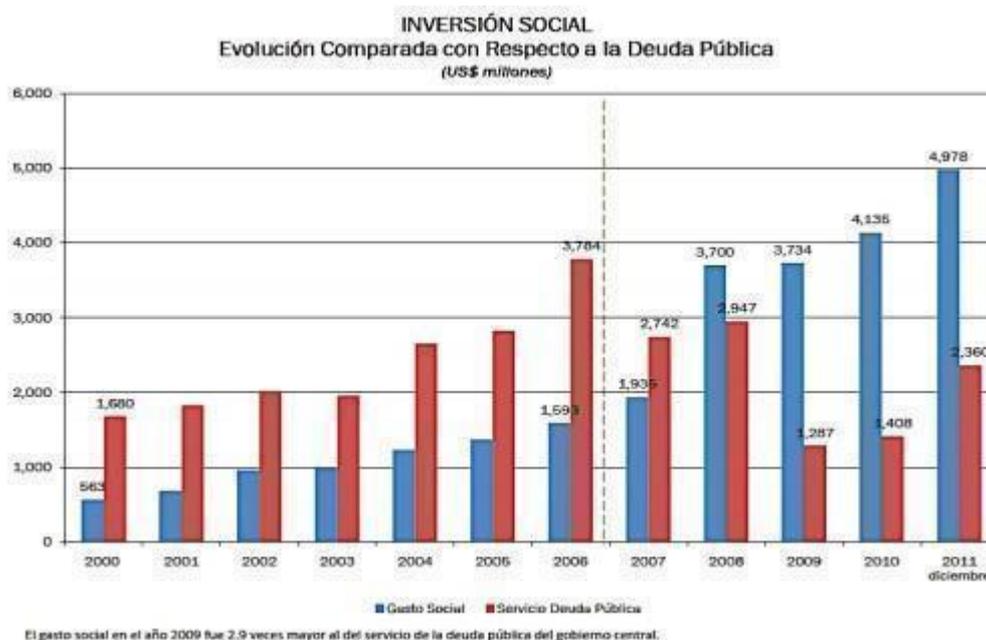
²¹² Disponível em: <https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/PLANAUDITORIADEUDACOMERCIAL.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

²¹³ A Comissão – que contou com 18 especialistas – analisou a dívida no período delimitado entre os anos de 1976 e 2006 e constatou que, durante tal interstício, houve um aumento em seu montante de 1 bilhão para 14 bilhões de dólares (CORREA, 2015).

(cento e cinquenta e cinco) ambulâncias, 19 (dezenove) tomógrafos, 35 (trinta e cinco) mamógrafos e 6 (seis) unidades cirúrgicas (CORREA, 2015).

O Gráfico 8 confirma o aumento dos gastos sociais no Equador, a partir da auditoria realizada:

Gráfico 8 - Equador – resultado da auditoria



Fonte: FATORELLI; AVILA (2017). Reprodução.

Frisa-se, logicamente, que o sistema de saúde equatoriano também passa por várias contradições e problemas, com políticas públicas focalizadas, terceirizações e desigualdades no atendimento dos cidadãos, mas a auditoria realizada pelo governo foi um passo importante para o início da melhoria das estruturas sanitárias do país.

4.7 A NECESSIDADE DE SE APLICAR A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: pela concretização das propostas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e ratificação do direito constitucional à saúde no Brasil

Em nossa visão, não adiantaria somente analisar o constante risco de desalinhamento entre o conceito do direito à saúde constitucionalizado e o conceito do direito à saúde judicializado, como retratamos em nosso capítulo inicial, ou pontuar os relevantes impactos – que refletem retrocessos sócio-sanitários – dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial frente à problemática da consolidação do Sistema

Único de Saúde (SUS), como nos capítulos posteriores. Devemos, seguindo a linha dialética construída durante o trajeto deste trabalho, também discutir e apresentar propostas jurídicas para a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil, para alcançarmos uma espécie de utopia transformadora com vistas à efetivação do direito fundamental e social à saúde em nosso país.

Sendo assim, neste último capítulo, tentamos sistematizar propostas e alternativas de cunho jurídico pertencente a duas modalidades – jurídico-políticas e jurídico-econômicas – com o intuito de consolidar o direito fundamental à saúde subsumido em nosso Sistema Único de Saúde, respeitando todas as características enunciadas pela nossa Constituição Federal vigente.

Cumpra-nos esboçar algumas similitudes que justificaram a elaboração das propostas para a consolidação do SUS aqui apresentadas: a) as quatro propostas estão balizadas por artigos constitucionais, isto é, pertencem ao corpo do nosso texto normativo mais importante, a Constituição Federal de 1988; b) todas elas estão sendo debatidas na doutrina jurídica sanitária brasileira mais avançada, formando um conjunto de propostas para se pensar uma teoria crítica do Direito Constitucional Sanitário; e c) as alternativas ora apresentadas estão presentes nas lides da mais alta corte do nosso país – o Supremo Tribunal Federal – com o objetivo de se consolidar uma sistematização jurisprudencial que deve ser refletida na processualística sanitária.

Dessa maneira, as alternativas jurídicas que estamos propondo para a cabal ratificação dos sempre destacados objetivos, princípios e diretrizes de nosso SUS Constitucional não são produtos de panfletos ou de abstrações vazias, mas sim propostas assentadas em um programa sanitário concreto e objetivo, inerentes às mais importantes fontes do direito: a doutrina e a jurisprudência relacionadas ao ramo do Direito Constitucional Sanitário.

Portanto, urge a tarefa de consolidação do SUS Constitucional em nosso país, ação que deverá ser realizada pelas três esferas centrais de nossa institucionalidade republicana – Executivo, Legislativo e Judiciário – respaldadas pelos instrumentos que compõem o cerne da democracia sanitária e que devem ser sistematicamente consultados, as instâncias deliberativas e consultivas da política pública de saúde, isto é, suas Comissões, Conselhos e Conferências. Eis aqui, por conseguinte, uma singela contribuição, no campo do Direito Constitucional Sanitário, conformada por sugestões de propostas e alternativas a serem

analisadas com o escopo de implementação e fortalecimento político e orçamentário do sistema universal de saúde brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, buscamos compreender a relação – às vezes tensa, às vezes produtiva – entre o direito à saúde constitucionalizado, representado por vasta e consolidada doutrina jurídica, e o direito à saúde judicializado, expresso por meio da jurisprudência produzida pela mais alta corte de nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF). Tal relação dialética – envolta em teses, antíteses e sínteses – gerou uma concepção de Direito Constitucional Sanitário aberta a disputas e enlaces atinentes ao que há de mais atual na linha evolutiva das fontes jurídicas que compõem o nosso Estado Democrático e Social de Direito vigente desde 1988.

A construção de um projeto de direito à saúde constitucionalizado configura-se como resultado de um movimento de participação democrática de afirmação normativa por e para a maioria da população brasileira, por meio de sujeitos políticos e históricos representados pelo Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB). Com base em experiências e consultas a documentos e tratados internacionais concomitantemente à atuação em nossa última Constituinte, o MRSB inseriu democraticamente objetivos, princípios e diretrizes, como a universalidade e a integralidade, em um sistema universal de saúde, o SUS. Tal atuação se deu no sentido de atender a coletividade e, para tanto, buscou fixar orçamento público mediante a consecução de um pacto civilizatório garantido pela Ordem Social no bojo da consolidação da Seguridade Social prevista pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Em um caminhar lógico-normativo, o artigo 196 da Constituição definiu o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. Por sua vez, o artigo 197 determinou que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Já o artigo 198 estabeleceu que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituir um sistema único descentralizado e pautado pelo atendimento integral e pela participação comunitária, além de mecanismos de financiamento baseados em recursos públicos. Em seguida, o artigo 199 discorreu sobre o papel complementar da iniciativa privada e, por fim, o artigo 200 listou as respectivas competências e atribuições do Sistema Único de Saúde. Esse compêndio de artigos, embora possa parecer abstrato à primeira vista, transformou profundamente a política pública de saúde no Brasil, efetivando um pujante direito constitucional à saúde que impacta profundamente nossas instituições democráticas e gera prolíficas doutrina e jurisprudência a respeito dessa temática.

Destarte, como afirma Rocha (2019), estava em nossas mãos um novo contrato social pactuado em 1988 com bases institucionais para o desenvolvimento de um auspicioso sistema brasileiro de saúde, o qual partia de um modelo até então fragmentado, segmentado e sem capilaridade em direção ao enorme desafio da efetivação de uma cobertura universal e integral, pautada pela equidade. Tais esforços seriam conduzidos pelo espírito dos princípios constitucionais sanitários, cujo propósito era ratificar o direito fundamental à saúde por meio da efetivação do SUS, uma concreta utopia a embalar sonhos e ações de gerações de militantes sanitaristas.

Em contrapartida, presenciamos, durante os mais de 30 (trinta) anos que se seguiram a promulgação e desenvolvimento de nosso cambiante e incipiente Estado Democrático de Direito, a formação de uma política pública de saúde cingida por avanços, recuos e contradições. A força da realidade retirou tal política de saúde da zona de conforto do texto constitucional e a colocou frente a embates da lide nos tribunais, especialmente no STF, corte máxima que influencia os órgãos da administração direta e indireta, assim como todo o Poder Judiciário e o Sistema de Justiça. Em face desse contexto, buscamos sistematizar a evolução dos pareceres jurisprudenciais relativos à temática com o propósito de extrair das quatro fases de decisão aqui demonstradas, que abarcam desde o fim dos anos 1990 até a atualidade, uma espécie de baliza conceitual atinente ao direito à saúde judicializado.

Sendo assim, se por um lado temos um conceito formulado com participação democrática abrangendo valores como universalidade, integralidade e equidade e fundado no intuito de atingir o maior número de pessoas possível – o que denominamos de macrojustiça – mediante o cumprimento dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional; de outro lado, temos um conceito formulado com base em critérios restritivos e tecnicistas, o qual se atém ao indivíduo hipossuficiente demandante de um direito público subjetivo – o que denominamos de microjustiça –, lastreado em documentos de teor médico-científico balizados por instituições que têm usufruído de uma importância supraconstitucional em relação à concretização do direito à saúde, como constatamos na fase da Medicina Baseada em Evidências (MBE) atualmente em vigor.

Tanto o direito à saúde constitucionalizado como o direito à saúde judicializado estruturaram a definição de valores, fins e meios pertencentes ao que podemos classificar de Direito Constitucional Sanitário. Isso porque ambos articularam um programa de política pública de saúde à luz da linguagem dos direitos, valendo-se de normas, regras e princípios

que, presume-se, respeitem a vontade da maioria. Outrossim, os indivíduos tornaram-se sujeitos de direitos, ou seja, a política pública de saúde não decorre mais de simples acordo majoritário ou programas assistencialistas discricionários operados segundo a ótica do altruísmo, favor ou caridade. Assim, tal política não só deve ser interpretada como responsabilidade e dever do Estado, necessita também respeitar os objetivos, princípios e diretrizes vigentes na Constituição Federal.

Como relata Oliveira (2019), quando há menção à judicialização de políticas públicas no Brasil, a primeira associação que se faz é entre a judicialização e direito à saúde. Dessa forma, podemos pontuar que, nas últimas décadas, as políticas públicas de saúde foram marcadas por um processo crescente de judicialização, alterando seu planejamento e ritmo de implementação. O mais importante a ser destacado, coerente com todo o trajeto deste trabalho, é a inter-relação entre o direito constitucionalizado à saúde e o direito judicializado à saúde, ou seja, a imprescindível junção entre a doutrina constitucional e as inferências jurisprudenciais da mais alta corte do país. Objetiva-se com isso evitar um possível distanciamento e desalinhamento entre um e outro, o que poderia minar o projeto de um sistema de saúde democraticamente universal, integral e equânime. Portanto, precisamos urgentemente que os integrantes do Poder Judiciário estejam abertos ao diálogo construtivo com os militantes sanitaristas em prol do elevado objetivo de efetivar o Sistema Único de Saúde.

Com a demonstração sistematizada da trajetória percorrida pelo conceito do direito à saúde, tanto em sua perspectiva constitucional quanto em sua perspectiva judicial, esperamos que o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde possam afinar suas concordâncias em relação à temática, visto que esta incide diretamente sobre a população brasileira. A aproximação entre os dois conceitos tem como escopo o fortalecimento e a consolidação do SUS para que: a) a microjustiça individual seja inserida em um contexto de macrojustiça coletiva, em que os direitos individuais sejam julgados inerentes à consecução de demandas coletivas; b) os critérios de justiça comutativa sejam aproximados aos critérios da justiça distributiva; c) sejam respeitados os conceitos de universalidade, integralidade e equidade – elementos caracterizadores do direito à saúde via SUS Constitucional; d) os conceitos estipulados pelo Movimento da Reforma Sanitária brasileira sirvam de parâmetro para os julgamentos dos ministros do STF em sua basilar fase da Medicina Baseada em Evidências (MBE), visando a uma estabilidade semântica.

Para que o direito à saúde seja implementado em nosso contexto, tanto em nível constitucional como jurisprudencial, cumpre também manter o devido cuidado hermenêutico e senso crítico na absorção de teorias extemporâneas e pertencentes à outras realidades, que, em dadas circunstâncias, possuem o visível intuito de retroceder elementos caracterizadores contidos no Direito Constitucional Sanitário de nosso direito pátrio.

O primeiro retrocesso sócio-sanitário analisado – com todo seu impacto doutrinário e jurisprudencial – envolve a delicada questão da situação financeira da política pública de saúde relacionada à justificativa da reserva do financeiramente possível. Constatamos que a política pública de saúde brasileira enfrentou desde os seus primórdios um processo de subfinanciamento crônico, o qual, com a vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, declinou para uma fase de desfinanciamento contínuo, ratificando, dessa maneira, o descompromisso dos entes estatais com o SUS. Tal comportamento põe em risco o corpo normativo do direito constitucional à saúde ao mesmo tempo em que compromete o enfrentamento dos desafios prospectivos por que passará o país, como as mudanças no quadro demográfico e epidemiológico, o aumento das arboviroses, o advento das inovações tecnológicas e a melhor distribuição de recursos no quadro sanitário para o público demandante, principalmente o que depende exclusivamente do SUS – cerca de 75% (setenta e cinco por cento) da população brasileira.

Sob uma conjuntura de desfinanciamento crônico do direito constitucional à saúde, esvazia-se, como consequência, o binômio “razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado” proposto pelo atual decano do STF, Ministro Celso de Mello, como requisito de solicitação judicial com vistas ao cumprimento do direito à saúde, no balizador julgamento da importante e várias vezes mencionada ADPF nº 45/2004. Isso porque em um cenário de desmonte do financiamento do SUS Constitucional mediante proposições de desfinanciamento contínuo, anula-se a disponibilidade financeira do Estado em relação à política pública de saúde, principal preocupação da população brasileira, evidenciada por vários institutos de pesquisa.

Essa desconstrução orçamentária que atinge constantemente o financiamento da política pública de saúde no Brasil, desde a vigência da Constituição Federal até os dias atuais, inviabiliza estruturalmente a consolidação normativa dos objetivos, princípios e diretrizes do SUS, forçando uma interpretação e aplicação enviesada do princípio da reserva do financeiramente possível – enviesada pois construída à base de um contínuo desfinanciamento do sistema. Tal cenário não deixa outra alternativa senão a efetivação de

um mínimo existencial de saúde pública para a população, sistematizando, assim, todo um arcabouço de retrocessos sócio-sanitários que inviabilizam a concretização dos princípios inerentes ao direito constitucional à saúde no Brasil. Com isso, em uma situação de crise fiscal e ajuste financeiro, tal qual a que vivenciamos atualmente, vemo-nos sob o risco agudo de desmantelamento do SUS Constitucional.

A EC 95/2016 configura-se como um grande exemplo do estabelecimento do princípio da reserva do possível inserido na realidade do direito constitucional à saúde no Brasil. Essa emenda estabelece um teto para as despesas primárias que abrange todos os poderes, sendo que este teto orçamentário terá sua base fixada no valor das despesas pagas no exercício financeiro de 2016, data de sua vigência e ano de forte contração da economia. Do exercício financeiro do ano de 2016 até o exercício financeiro de 2036, ou seja, durante um período de 20 anos, o teto estipulado pela EC 95 será corrigido apenas pela inflação do respectivo ano anterior. É o denominado Novo Regime Fiscal (NRF), que, em linhas gerais, significa tão somente o congelamento dos gastos públicos em saúde por um período de duas décadas, podendo decretar a falência cabal do SUS no Brasil sob a justificativa jurídico-normativa da reserva do financeiramente possível.

Com base na tese da regressão constitucional de Huq e Ginsburg (2018), na concepção de constitucionalismo abusivo de Landau (2013) e na teoria sobre o desmembramento constitucional de Albert (2019), interpretamos que o sistema universal de saúde no Brasil, pautado pela nossa Constituição, está em risco por sofrer um asfixiamento contínuo de seu orçamento promovido por emendas constitucionais que estão implodindo os alicerces do direito constitucional à saúde no Brasil. Entende-se que tal processo se dá de maneira ilegal e anti-Constitucional haja vista recentes propostas de desindexação e desvinculação constitucional da política pública de saúde pelo Executivo Federal, as quais tramitam no Congresso Nacional sob o silêncio do Judiciário, que evita pronunciar-se mesmo diante de sucessivas provocações via ações diretas.

Estamos em uma conjuntura sanitária de restrição financeira, o que acarreta baixa capacidade do Estado de implementar políticas públicas sob o argumento da necessidade de ajuste fiscal – ajuste este que atinge tão somente as rubricas referentes aos direitos sociais – , mesmo que o preço a ser pago seja o fim do que se entende por “Constituição Cidadã”.

A conjuntura de regressão constitucional (HUQ; GINSBURG, 2018), constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013) e desmembramento constitucional (ALBERT, 2019) que estamos presenciando, significa, em linhas gerais, que o direito à

saúde está sendo minado por meio da utilização reiterada de emendas à Constituição e, conseqüente, pela criação de determinações constitucionais que vão de encontro ao espírito da CF/88. Caberia, pois, questionar se os interesses jurídico-políticos que embalam tais alterações seriam levados a cabo com o fito de salvaguardar o pacto constitucional ou simplesmente reformulá-lo mediante o uso de um atalho, visto que não utilizam a arena adequada para implementar mudanças dessa ordem.

Diante desse cenário, é de se perguntar como o STF agirá enquanto guardião máximo da Constituição Federal: efetivará os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, em consonância com os desígnios de nossa Carta Política de 1988, cumprindo assim com sua missão institucional, ou entrará em um novo contexto interpretativo, tal qual a denominada “jurisprudência da crise” adotada por Portugal, a fim de efetivar um mínimo de direitos sob a justificativa normativa da reserva do financeiramente possível frente à crise econômica e financeira? Ou, ainda, o que poderá ser pior: continuará adotando uma terceira via de simples omissão perante às iniciativas do Congresso Nacional de aprovação de várias propostas de emenda com o intuito de implodir o orçamento sanitário e reiterar seu desfinanciamento contínuo?

Os impactos da assimilação do princípio da reserva do financeiramente possível na doutrina e jurisprudência referentes ao direito constitucional à saúde consubstanciam-se na entrega de um mínimo existencial na exigência de um direito fundamental. Na saúde, por exemplo, devido ao subfinanciamento crônico justificado por uma reserva do possível, somente restaria o cumprimento de uma demanda jurídica de atenção básico-primária; mesmo assim somente para os demandantes comprovadamente hipossuficientes. Ou seja, é a definitiva ratificação de um retrocesso sanitário justificando outro retrocesso – em uma espécie de sobreposição de retrocessos –, o que pode ser resumido no raciocínio abaixo:



A aplicação de um mínimo existencial à saúde – devido à situação de reserva do financeiramente possível – seria a consolidação de um projeto de retrocesso sócio-sanitário que visa o desmonte estrutural do Sistema Único de Saúde, em flagrante desrespeito ao propugnado pela Constituição Federal. Isso porque a efetivação de um mínimo existencial atingiria o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, formado pelos princípios da universalidade, integralidade e equidade, restringindo o alcance de sua cobertura a uma atenção primária e básica, o que acaba por comprometer a viabilidade da consumação do direito à saúde.

O exemplo de aplicação prática do mínimo existencial que analisamos, a Cobertura Universal de Saúde (UHC), defendida por agentes e acadêmicos próximos aos organismos internacionais, pode ser considerado um duro retrocesso em um país de Sistema Universal de Saúde (UHS) como o Brasil, pois atenta contra os objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional. Afinal, tal medida sustenta uma modalidade de acesso à saúde condizente com o conceito de mínimo existencial, pois oferta um pacote mínimo de saúde para a população mais necessitada ao mesmo tempo em que focaliza uma assistência residual, desfigurando, dessa maneira, a universalidade, integralidade e equidade que caracterizam o sistema universal brasileiro.

Sendo assim, concordamos com a exegese de que a aplicação do mínimo existencial limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário moldado por restrições orçamentárias, o que impede a efetivação do direito à saúde em todos os seus níveis, ao mesmo tempo em que deixa de reconhecer seus objetivos, fundamentos e princípios. Tal conjuntura conforma um cenário de obstaculização das conquistas e anulação do pacto que valida o direito sanitário constitucional brasileiro. Além disso, pode impactar negativamente na efetividade da justiça no que concerne aos julgamentos de demandas relativas à saúde pública.

Por mais que as interpretações e ilações em prol da aplicação do mínimo existencial – construídas ou por doutrinadores ou por ministros da suprema corte – sejam elaboradas no sentido positivo e benevolente de atendimento da demanda sanitária inerente à questão do supraprincípio da dignidade da pessoa humana ou do direito inalienável à vida, há o risco de sua aplicação restringir a cobertura e o acesso à universalidade e integralidade das ações e serviços públicos de saúde (ASPS) quando se trata especificamente da efetividade do direito constitucional à saúde, como comprovamos neste trabalho.

Portanto, constatamos que o princípio do mínimo existencial – seja em sua interpretação e aplicação doutrinária, seja em sua concepção jurisprudencial via STF – exerce uma função, indiretamente ou não, de retrocesso normativo sócio-sanitário quando confrontado com os objetivos, princípios e diretrizes do SUS Constitucional. Principalmente porque o mínimo existencial pressupõe um mínimo sanitário restrito homólogo, incapaz, portanto, de dar conta da complexidade de um direito constitucional de característica universal, integral e equânime. Nesse sentido, aquele instrumento obsta as normas constitucionais estipuladas.

Sendo assim, os impactos e reflexos combinados da aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial formam um liame regressivo que afronta as características do direito constitucional à saúde definido pela Constituição Federal. Ambos os princípios, portanto, podem ser considerados como retrocessos normativos sócio-sanitários em relação à consolidação do SUS no Brasil.

Consideramos o princípio da reserva do possível como um retrocesso sócio-sanitário por servir de justificativa jurídico-econômica para a validação da conjuntura de subfinanciamento da política pública de saúde, fato consolidado pela aprovação e vigência da Emenda Constitucional (EC) nº 95, de 2016, que limita os gastos públicos em saúde por vinte exercícios financeiros (2016-2026). Já o princípio do mínimo existencial pode ser considerado um retrocesso por restringir principalmente a universalidade e integralidade do direito constitucional à saúde, haja vista o fato de que grande parte da doutrina e das decisões judiciais acerca do tema utilizam-no como justificativa jurídico-política para a implementação da cobertura universal de saúde – CUS/UHC no Brasil.

Dessa forma, mostra-se necessário discutir e apresentar alternativas doutrinárias e jurisprudenciais coerentes com a consolidação do direito constitucional à saúde em nosso contexto político e econômico com o fito de evitar o endossamento de projetos de retrocessos sanitários que tenham o intuito de restringir e, até mesmo, extinguir o SUS de nossa Constituição, esvaziando o propósito político-normativo do Direito Constitucional Sanitário.

Sendo assim, discutimos e propomos, lastreados na revisão bibliográfica da doutrina e das decisões jurisprudenciais do STF, alternativas jurídico-constitucionais, tanto de cunho jurídico-político quanto de cunho jurídico-econômico, com o intuito de se escudar constitucionalmente o direito à saúde dos impactos e reflexos de viés regressivo ocasionados pela reserva do possível e mínimo existencial. As alternativas jurídico-

constitucionais aqui lançadas procuram se portar como instrumentos de consolidação do direito constitucional à saúde sempre de acordo com os objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, com o escopo de responder à seguinte questão fulcral: em uma conjuntura jurídica de impactos sanitários regressivos, haveria alternativas para a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil?

Em nossa visão, não seria suficiente somente analisar o constante risco de desalinhamento entre o conceito do direito à saúde constitucionalizado e o conceito do direito à saúde judicializado, ou pontuar os relevantes impactos – que refletem retrocessos sócio-sanitários – dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial frente à problemática da ratificação do SUS. Devemos, além disso, propor soluções jurídicas para a consolidação do direito constitucional à saúde no Brasil, tendo em vista a importância vital que assume o direito fundamental e à saúde em nosso país.

As propostas e alternativas aqui discutidas com o objetivo de concretização e consolidação do direito constitucional à saúde foram as seguintes: 1) propostas jurídico-políticas: a) princípio da proibição do retrocesso social; e b) direito à saúde como direito de relevância pública; 2) propostas jurídico-econômicas: a) regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF); e b) regulamentação da auditoria da dívida.

Apontamos anteriormente algumas similitudes que justificaram a elaboração das quatro propostas subdivididas em duas alternativas jurídico-políticas e duas alternativas jurídico-econômicas para a consolidação do direito à saúde via SUS, quais sejam: a) balizamento em artigos constitucionais, isto é, as quatro medidas encontram ressonância no corpo do nosso texto normativo mais importante, a Constituição Federal de 1988; b) discussão por parte da doutrina jurídica sanitária brasileira mais avançada, formando um conjunto de propostas para se pensar uma teoria crítica do Direito Constitucional Sanitário; e c) presença nas lides do STF com o objetivo de se consolidar uma sistematização jurisprudencial que deve ser refletida na processualística sanitária.

Dessa maneira, as medidas jurídicas que propusemos para a ratificação do SUS Constitucional não são meras abstrações, ao contrário, representam um conjunto de ações concretas e objetivas embasadas tanto na doutrina como na jurisprudência relacionada ao Direito Constitucional Sanitário. Por conseguinte, as alternativas jurídicas aqui traçadas foram escolhidas por fazerem parte tanto do conceito constitucionalizado de direito à saúde, quanto do conceito judicializado de direito à saúde.

Reiteramos aqui que a efetivação do direito constitucional à saúde enseja a participação dos três poderes de nossa República, cada qual a cumprir com suas determinações constitucionais. Para tanto, suas decisões devem considerar os instrumentos que compõem o âmago da democracia sanitária, isto é, suas instâncias deliberativas e consultivas: Comissões, Conselhos e Conferências. Nossa contribuição no campo do Direito Constitucional Sanitário, além de ater-se a esses aspectos, é conformada por propostas voltadas para a implementação e o fortalecimento político e orçamentário do SUS Constitucional.

Ademais, este trabalho busca refletir sobre a situação do direito constitucional à saúde em uma conjuntura de crise e crescente radicalização de iniciativas autoritárias, intolerantes e propensas a esvaziar o conteúdo de democracia e de direitos humanos inseridos nas Constituições dos países ocidentais, como no caso do Brasil.

Não devemos esquecer que o direito constitucional à saúde representado pelo SUS Constitucional foi uma ideia delineada e construída no auge do período de redemocratização do nosso país, com a vinculação de objetivos, princípios e diretrizes que dialogam com esse propósito de participação social e consolidação de direitos fundamentais permitidos pela promulgação de nossa Carta Política de 1988.

Agora, como nos alerta Mbembe (2017), estamos diante do choque entre democracia liberal e capitalismo, entre governo das finanças e governo do povo, entre humanismo e niilismo, o que traz consequências normativas para o caso do nosso SUS Constitucional, como a restrição orçamentária e a focalização de sua cobertura, medidas apresentadas, respectivamente, sob a roupagem da reserva do possível e do mínimo existencial. Frente a isso, resta-nos a defesa de ideais constitucionais, como as alternativas do princípio da proibição do retrocesso social, a relevância pública, o imposto sobre grandes fortunas e a auditoria da dívida, no sentido de protegermos e avançarmos na ratificação da saúde como democracia e da democracia como saúde, com o propósito de reafirmar nosso ainda incipiente Estado Democrático de Direito.

Necessita-se considerar a inserção das instituições de nosso país nesse contexto de crise social, (des)democratização das decisões e (pluri)interpretação de direitos, atentando-se para a discussão dos limites e possibilidades de acesso dos cidadãos aos mecanismos estatais de resolução de conflitos, principalmente o Judiciário, o que enseja uma problematização deste Poder e de suas formas de organização e funcionamento. Diante da presença de obstáculos políticos, econômicos e sociais e de um Judiciário incapaz de

absorver determinados conflitos coletivos referentes a direitos sociais emergentes, como pensar em estratégias de efetivação de direitos que atendam à permanente judicialização dos conflitos?

De acordo com Asensi (2012), agudizam-se importantes questões para a identificação de sucessos e falhas no sistema de saúde, sendo a duração do conflito, a contradição e a resistência termômetros de referência para os atores envolvidos nos meandros do Direito Constitucional Sanitário e que se constituem como condicionantes de seu respectivo êxito para a devida consolidação de uma política pública de saúde efetivada pelo Estado conforme nossa Constituição Federal.

No âmbito desse debate, a interação entre o Sistema de Justiça e o Sistema de Saúde torna-se crucial para promover uma sincera reflexão que situe os direitos como práticas concretas que atendam critérios substanciais de justiça e cidadania e busquem, em certa medida, conferir algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos que impactam também no desenvolvimento e análise da gestão da política pública de saúde, ou seja, na consolidação do SUS Constitucional.

Por fim, é preciso que o Movimento Sanitário brasileiro seja novamente protagonista de um projeto audacioso e libertário de saúde pública que abarque todos os cidadãos interessados na melhoria e afirmação de nosso sistema universal de saúde, para que alcancemos o patamar de nação socialmente desenvolvida, na qual o direito à saúde seja efetivado para toda a população, sem qualquer tipo de diferenciação ou preconceito. Para que isso ocorra, precisamos disputar a hegemonia da sociedade nesse quadro de descenso, refluxo e crise que estamos vivendo, defendendo a política do SUS de maneira a formar uma consciência militante em prol do direito à saúde, em uma perspectiva progressista e transformadora para que possamos construir, enfim, uma cidadania sanitária nas melhores tradições democráticas de nosso texto constitucional.

Este trabalho acadêmico tentou contribuir na seara do Direito Constitucional Sanitário ao problematizar a situação conjuntural em que se insere a “saúde da saúde constitucional e judicial”, traçando um raio-x de seus principais obstáculos e prognosticando alternativas jurídicas para a consolidação do nosso direito constitucional à saúde por meio da efetivação do Sistema Único de Saúde. Para tanto, toda a argumentação utilizada lastreou-se em nosso documento democrático mais importante, a Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Cláudio José Amaral. O Direito Social à Saúde na Constituição Federal de 1988: reserva do possível e mínimo existencial – limites? **Revista Novatio Iuris**. V. 2(3): 51-76, jul. 2009.

AFONSO, José Roberto. Financiamento da Saúde no Brasil: os desafios do estado e da sociedade. Apresentação – **SAHE South America Health Exhibition**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.joserobertoafonso.com.br/financiamento-da-saude-brasil-afonso/> Acesso em 11 dez. 2019.

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. 2006. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-23102006-144712/>. Acesso em 10 dez. 2019.

ALBERT, Richard. **Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions**. New York: OUP USA, 2019.

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Journal of International Law**, v. 48, n.1, p. 1-118, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1685&context=yjil> Acesso em 12 dez. 2019.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em 07 dez. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALVES, Bruna Marques; DUARTE, Francisco Carlos. O Imposto sobre Grandes Fortunas e a Promoção da Justiça Fiscal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 9, n. 1, pp. 290-314, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/5711>. Acesso em 05 dez. 2019.

ALVES, Sandra Mara Campos. A Formação em Direito Sanitário: um diálogo possível a partir da interdisciplinaridade. **Para Entender a Gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_2B.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Kátia Patrícia. Reserva do Possível: os direitos fundamentais frente à escassez de recursos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, UFPE, v. 83, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/295> Acesso em 09 dez. 2019.

ARAÚJO, Luís Alberto David. O Conceito de Relevância Pública na Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, Vol. 5 n. 2. jul. 2004. pp. 90-97. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80686/84338>. Acesso em 14 nov. 2019.

ASENSI, Felipe Dutra. O Direito à Saúde no Brasil. In ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). **Direito Sanitário**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Capítulo 1. pp. 2-26.

AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA. Disponível em: <https://auditoriacidadada.org.br/>. Acesso em 04 dez. 2019.

BACELAR, Tânia; BENJAMIN, César. **Brasil: reinventar o futuro**. Rio de Janeiro: Sindicato dos Engenheiros do Estado do Rio de Janeiro, 1995.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Almedina, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Estado Democrático de Direito e a Efetivação dos Direitos Sociais: o fenômeno da judicialização da saúde. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: v.51, n.203, jul./set. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. Ano 1, n. 1, jul./dez. 2008.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; DELDUQUE, Maria Célia; SANTOS, Alethele de Oliveira. O Direito à Saúde e a Proposta de Cobertura Universal. **Anais do Instituto de Higiene e Medicina Tropical**. Universidade Nova de Lisboa, 2016; v. 15, Supl. 1, p. 51-55. Disponível em: <https://anaisihmt.com/index.php/ihmt/article/view/106/87> Acesso em 07 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf Acesso em 08 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista EMARF**, Cadernos Temáticos: Seminário Nacional sobre Justiça Constitucional, dez. 2010, pp. 389-406. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. In: **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BORGES, Vanessa. Sistema ou cobertura universal em saúde? Leia a entrevista concedida com a pesquisadora Eleonor Conill. **Portal da Inovação na Gestão do SUS**, 2014. Disponível em: <https://apsredes.org/sistema-ou-cobertura-universal-em-saude-leia-a-entrevista-com-a-pesquisadora-eleonor-conill/> Acesso em 07 dez. 2019.

BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Brasília, DF: CFESS, 2009. Disponível em: http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte – 1987/1988**. Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 10, de 2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946045>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 277, de 2008**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=388149&ord=1>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 26, de 2011**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494384>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 48, de 2011**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=500929>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 62, de 2011**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=505193&ord=1>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 130, de 2012.** Disponível em:

<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534163>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 2, de 2015.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=944278>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 6, de 2015.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945753>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 11, de 2015.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946422>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 281, de 2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084615>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 294, de 2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088958>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 302, de 2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2091889>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 324, de 2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2116775>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 335, de 2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2121694>.

Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 9, de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191030>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 205, de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2218524>. Acesso em 06 dez. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122230>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência Pública sobre Prestação de Jurisdição em Processos Relativos a Saúde**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdiacao-em-processos-relativos-a-saude/> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – 2017**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009**. Grupo de Trabalho (GT) do Fórum da Saúde (CNJ). Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=496> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_22102012170026.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1823> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 238, de 06 de setembro de 2016**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2339> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 68**, de 18 dez. 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-68.pdf>. Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 94.657**, de 20 de julho de 1987. **SUDS**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-94657-20-julho-1987-445419-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 84.219**, de 14 de novembro de 1979. **Piass**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-84219-14-novembro-1979-433518-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 591**, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.321**, de 30 de dezembro de 1999. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 61**, de 11 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc61.htm. Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95**, de 15 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 29**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.777**, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.777.htm. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.401**, de 28 de abril de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112401.htm Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.437**, de 30 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Apresentação na “Audiência Pública sobre Prestação da Jurisdição em Processos Relativos à Saúde”. 11/12/2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/agendas/audiencia-publica-sobre-prestacao-da-jurisdicao-em-processos-relativos-a-saude/>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Portaria nº 1.318, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/PDF/2014/abril/03/pt-gm-ms-1318-2002.pdf> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 162, de 1989**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1487>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 50, de 2008**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84091>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 100, de 2008**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84366>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 128, de 2008**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/84527>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 534, de 2011**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101942>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 315, de 2015**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121420>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 139, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129136>. Acesso em 06 dez. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Orçamento Federal - Siga Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/orcamento/sigabrasil> Acesso em 11 dez. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ, RMS 6564/RS, Primeira Turma, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. 23/05/1996, DJ 17/06/1996, p. 21448. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Tema 106 – Obrigatoriedade do Poder Público de Fornecer Medicamentos Não Incorporados em Atos Normativos do SUS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp Acesso em 08 dez. 2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ – Resp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, DJ: 25/04/2018, DJe: 04/05/2018. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf> Acesso em 08 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Audiência Pública da Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 31, de 2015 - Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 09/04/2018. DJ. 16/04/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4733958>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 55, de 2019 – Relator: Min. Marco Aurélio, aguardando julgamento. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5786819>. Acesso em 05 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5715, de 2017 – Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5203351> Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2065/DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. 17/02/2000, Tribunal Pleno, DJ. 04/06/2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260> Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5633/DF, Relator Min. Rosa Weber, j. 1º/08/2017 DJ. 08/08/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5112200> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5643/DF, Relator Min. Rosa Weber, j. 08/08/2017. DJ. 03/10/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5119673> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5655/DF, Relator: Min. Rosa Weber. Em trâmite. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5130614> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5658/DF, Relator: Min. Rosa Weber. J. 15/02/2017. DJ. 11/02/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5132872> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5680/DF, Relator: Min. Rosa Weber. J. 24/03/2017. DJ. 11/02/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5157574> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5743/DF, Relator: Min. Celso de Mello. J. 14/07/2017. DJ. 13/06/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5227118> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3768-4-DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 19/09/2007, Tribunal Pleno, DJ 26/10/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3105/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie, j. 18/08/2004. DJ 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089> Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário -RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em 14 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Agravo de Regimento em Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175/AgR-CE. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Agravo no Regime Extraordinário – Ag no RE 639.337/SP Relator: Min. Celso de Mello. J. 23/08/2011. DJ. 15/09/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428> Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP. Relator: Min. Celso de Mello. J. 22/11/2005. DJ. 03/02/2006. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 763.667/CE. Relator: Min. Celso de Mello. J. 22/10/2013. DJ. 12/12/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5034270> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 581.352/AM. Relator: Min. Celso de Mello. J. 29/10/2013. DJ. 21/11/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4904100> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Emb. Decl. no Agravo de Instrumento 598.212/PR. Relator: Min. Celso de Mello. J. 25/03/2014. DJ. 23/04/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 727.864/PR. Relator: Min. Celso de Mello. J. 04/11/2014. DJ. 12/11/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745/MG. Relator: Min. Celso de Mello. J. 02/12/2014. DJ. 19/12/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 581.352/AM. Relator: Min. Celso de Mello. J. 29/10/2013. DJ. 22/11/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2603764> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada STA 223/PE. Relator: Min. Celso de Mello. J. 14/04/2008. DJ. 08/04/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Despacho de Convocação de Audiência Pública, de 05 de março de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – PSV: 4 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, J. 26/08/2009. DJ. 31/08/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2652147> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Suspensão de Tutela Antecipada – STA nº 91/AL, Relator: Min. PRESIDENTE, J. 26/02/2007. DJ 05/03/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2466232> Acesso em 12 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Suspensão de Segurança - SS: 3205 AM, Relator: Min. Presidente, J. 31/05/2007. DJ. 08/06/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2512307> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Suspensão de Segurança – SS: 3158 RN, Relator: Min. Presidente, J. 31/05/2007. DJ. 08/06/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2504804> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Suspensão de Segurança – SS: 3231 RN, Relator: Min. Presidente, J. 28/05/2007. DJ: 1º/06/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2520212> Acesso em 14 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Ag. Reg. na Suspensão de Liminar 47/PE. Relator: Min. Presidente. J. 17/03/2010. DJ. 29/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Petição - Pet:1.246 SC, Relator Min. Celso de Mello, j.02/02/1999; DJ 13/02/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325774> Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - Recurso Extraordinário - RE 195.192/RS, Relator: Min. Marco Aurélio, j.22/02/2000; DJ 31/03/2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/780413/recurso-extraordinario-re-195192-rs>. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário – RE 368564/DF, Relator: Min. Menezes Direito, j. 13/04/2011; DJ. 10/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2080178> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário – RE 642.536/AP, Relator: Min. Luiz Fux, j. 05/02/2013/ DJ. 27/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário - RE 835.558/SP, Min. Relator: Luiz Fux, j. 09/02/2017 DJ 08/08/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4630090> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário – RE 592.581/RS Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - AGR em AI n. 238.328-0/RS, Relator Min. Marco Aurélio; DJ 18/02/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo178.htm>. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF - RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 727.864/PR, Relator: Min. Celso de Mello. J. 04/11/2014. DJ. 13/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE727864.pdf> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário - RE: 581.488/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 20/08/2012, DJ 12/09/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151> Acesso em 08 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Extraordinário – RE: 581488/RS. Relator: Min. Dias Toffoli. J. 20/03/2014. DJ. 24/03/2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604151> Acesso em 10 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF: 45 DF, Relator: Min. Celso de Mello, j. 29/04/2004; DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF: 49 DF, Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260038>. Acesso em 04 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Súmula 121. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2000>. Acesso em 04 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Suspensão de Liminar – SL 228/CE. Relator: Min. Presidente. J. 14/10/2008. DJ. 21/10/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2604891> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Agravo Regimental no Recurso Extraordinário – RE: 724.292/RS, Relator: Min. Luiz Fux, DJ 09/04/2013; DJ 26/04/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4336159> Acesso em 07/12/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Recurso Ordinário em Habeas Corpus – RHC: 90523/ES, Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=201&dataPublicacaoDj=>

[19/10/2011&incidente=2486722&codCapitulo=5&numMateria=158&codMateria=3](#)

Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Agravo em Recurso Extraordinário - ARE: 727.864, Relator: Min. Celso de Mello, DJ. 04/11/2014, Segunda Turma, DP: Acórdão Eletrônico DJe. 12/11/2014 DJ. 13/11/2014. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4346937>. Acesso em 07 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Tema 579 – Repercussão Geral. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2604151&numeroProcesso=581488&classeProcesso=RE&numeroTema=579> Acesso em 08 dez. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF – Tema 648 – Repercussão Geral. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4630090&numeroProcesso=835558&classeProcesso=RE&numeroTema=648> Acesso em 09 dez. 2019.

BRASIL. Tesouro Nacional. Balanço do Setor Público Nacional (BSPN). **Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil**, 2018. Disponível em:

https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:28265 Acesso em 11 dez. 2019.

BRINGEL, Lara Livia Cardoso Costa. **Contribuição Jurídica Contemporânea à Efetivação do Direito à Saúde no Brasil face a Inoperância do Poder Público no Exercício de suas Funções**. 2017. Tese (Doutorado em Tecnologia Nuclear - Aplicações) - Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/85/85131/tde-04082017-163449/publico/2017BringelContribuicao.pdf> Acesso em 08 dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus Curiae no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**: v. 48, n. 190, t. 1, p. 111-121, abr./jun. 2011.

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242885> Acesso em 14 dez. 2019.

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

CANOTILHO, José Joaquim. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n.15, São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan./Jun. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOSO, Ítala Lopes; CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O Mínimo Existencial do Direito à Saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. Brasília, 5(4):9-26, out./dez., 2016. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/250/413> Acesso em 08 dez. 2019.

CARVALHO, Laura. **Valsa Brasileira: do boom ao caos econômico**. São Paulo: Todavia, 2018.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. As Discussões sobre a Regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação no Brasil e a experiência internacional. Rio de Janeiro: **Nota Técnica - IPEA**, 2011. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5755/1/NT_n07_Discussoes-regulamentacao-imposto_Dinte_2011-out.pdf Acesso em 05 dez. 2019.

CASTEL, Robert. **As Metamorfoses da Questão Social: uma crônica do salário**. Tradução: Iraci Poleti. Petrópolis: Vozes, 2010.

CASTRO, Ione Maria Domingues de. O Mínimo Existencial do Direito à Saúde: uma questão fática. **Revista Leopoldianum**. Ano 38, 2012, n. 104/105/106, p. 11-28. Disponível em: <http://periodicos.unisantos.br/leopoldianum/article/view/454/415> Acesso em 08 dez. 2019.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política**, 1996. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file>. Acesso em 14 nov. 2019.

COLLI, Ricardo de Angelis. **A Tributação das Grandes Fortunas como Fonte Adicional para o Subfinanciamento da Saúde Pública no Brasil**. 2018. Dissertação (Mestrado em Economia Política) – Faculdade de Economia, Administração, Contábeis e Atuariais - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2018. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PUC_SP-1_0f170daa1e80a16b6537339c10c941f9. Acesso em 05 dez. 2019.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS EM SAÚDE. **Declaração de Alma-Ata sobre Cuidados Primários**. 1978. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_alma_ata.pdf. Acesso em 13 nov. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO – CONJUR. **TRF-1 cassa decisão que obrigava Congresso a criar CPI da dívida pública**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-05/trf-cassa-decisao-obrigava-congresso-criar-cpmi-divida-publica>. Acesso em 04 dez. 2019.

CONTO, Mário de. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORREA, Rafael. **Equador**: da noite neoliberal à revolução cidadã. Tradução: Emir Sader. São Paulo: Boitempo, 2015.

CORSATTO, Olavo Nery. Imposto sobre Grandes Fortunas. **Revista de Informação Legislativa**. V.37, n.146, pp. 93-108, abr./jun. 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/581/r146-06.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em 05 dez. 2019.

COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da Saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília: Vol. 7, n. 3. Dez. 2017. UniCEUB. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4809/3640>. Acesso em 15 nov. 2019.

COUTO, Pablo Florentino Fróes. A Judicialização das Políticas Públicas no Brasil sob a Perspectiva da Separação de Poderes, Reserva do Possível e do Mínimo Existencial. **Revista Destaques Acadêmicos**, Lajeado, v.10, n.2, 2018. p. 88-103. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/1815/1370> Acesso em 10 dez. 2019.

CRISÓSTOMO, Sofia. O Artigo 64º da Constituição da República Portuguesa. **Revista Sociologia, Problemas e Práticas**. Número especial, 2016, pp. 33-48.

CUNHA JR. Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: JusPodivm, 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Revista Saúde Pública**. 22 (1) pp. 57-63, São Paulo, 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo: V.9, n.3 p. 9-34, nov.2008/fev.2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em 14 nov. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Basta! Nenhuma Inconstitucionalidade é Conveniente! **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo v.19 n.1, p. 7-10, mar./jun. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/148121/141733> Acesso em 08 dez. 2019.

DA SILVA, Ricardo Augusto. **Direito Fundamental à Saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fortium, 2010.

DELDUQUE, Maria Célia. A Mediação Sanitária como Novo Paradigma Alternativo à Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. **Para Entender a Gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em:

https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento Científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2019.

DOWBOR, Ladislau. **A Era do Capital Improdutivo: por que oito famílias têm mais riqueza do que a metade da população do mundo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2017. Disponível em: http://dowbor.org/blog/wp-content/uploads/2012/06/a_era_do_capital_improdutivo_2_impress%C3%A3oV2.pdf. Acesso em 04 dez. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DOYAL, Len; GOUGH, Ian. **Teoria de las Necesidades Humanas**. Madrid: Icaria, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESCOBAR, Diego Rasia. **Democracia, Direitos Sociais e Ativismo Judicial**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/4377/Diogo%20Rasia%20Escobar.pdf?sequence=1> Acesso em 08 dez. 2019.

SCOREL, Sarah. **Reviravolta na Saúde: origem e articulação do movimento sanitário**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qxhc3/pdf/escorel-9788575413616.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

SCOREL, Sarah; BLOCH, Renata. História dos Trabalhadores da Saúde. *In Ciência e Saúde Coletiva*. V. 13 n. 3, Rio de Janeiro, maio/jun. 2008.

ESSER, Jossef. **Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Patient Protection and Affordable Care Act (PPACA) ou Affordable Care Act (ACA)**, de 23/03/2010. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-111publ148/pdf/PLAW-111publ148.pdf> Acesso em 07 dezembro de 2019.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado. **Associação dos procuradores do Estado de São Paulo**. São Paulo (SP), 2012. Disponível em:

https://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf Acesso em 10 dez. 2019.

FARENA, Duciran. A Saúde na Constituição Federal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública**. N.4, 1997 (23).

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito depois da Crise**. São Paulo: FGV Direito SP/Saraiva, 2017.

FARRANHA, Ana Cláudia. Direito e Análise de Política Pública: contextos, conteúdos e desafios em tempos de crise. **Revista Publicações da Escola da AGU**. V. 11 n. 04, Brasília-DF, out./dez. 2019, p. 67-87. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2638> Acesso em 1º jan. 2020.

FARRANHA, Ana Cláudia; MIRANDA, Juliana Gomes; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Direito e Análise de Políticas Públicas: o que há de novidade? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Vol. 5, n. 2, ago.2018, p. 162-174. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/260> Acesso em 1º jan. 2020.

FATTORELLI, Maria Lúcia. **Auditoria da Dívida Externa: questão de soberania**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

FATTORELLI, Maria Lúcia; ÁVILA, Rodrigo. A Auditoria da Dívida e o Necessário Aumento dos Gastos com a Saúde. **Futuros do Brasil: textos para debate**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2017.

FELIPE, Saraiva. **Projeto Montes Claros**. Belo Horizonte: DAD/COC, 1993.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O Conceito de “Relevância Pública” na Constituição Federal. **Revista de Direito Sanitário**. Vol. 5, n. 2, São Paulo, jul. 2004. pp. 77-89. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80685/84337>. Acesso em 14 nov. 2019.

FLEURY, Sônia (Org.). **Projeto Montes Claros: a utopia revisitada**. Rio de Janeiro: ABRASCO, 1995. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/Projeto-Montes-Claros-a-utopia-revisitada.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

FLICK, Uwe. **Desenho da Pesquisa Qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Super-Ricos no Brasil lideram concentração de renda global**. 19/08/2019. Disponível em: <https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml> Acesso em 10 dez. 2019.

FRANÇA, Ruben Limongi. Da Jurisprudência como Direito Positivo. Aula inaugural do Curso de Preparação à Magistratura e ao Ministério Público, pronunciada em 1º de abril de 1970, no Salão Nobre da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. **Revista da**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP. V. 66, 1971. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66627> Acesso em 14 dez. 2019.

FUNCIA, Francisco R. Sistema Único de Saúde – 30 anos: do subfinanciamento crônico para o processo de desfinanciamento decorrente da emenda constitucional 95/2016. In **30 Anos da Seguridade Social – Avanços e Retrocessos**. ANFIP/Fundação ANFIP de Estudos Tributários e da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2018. Disponível em: <https://www.anfip.org.br/publicacoes/30-anos-da-seguridade-social-avancos-e-retrocessos/> Acesso em 11 dez. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV. **Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil – CPDOC**. Escola de Ciências Sociais. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/>. Acesso em 14 nov. 2019.

FUHRMANN, Ítalo Roberto. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Categoria Autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica Portucalense Law Journal**. Universidade Portucalense – UPT, n. 16, 2014. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/3717> Acesso em 07 dez. 2019.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALHENO, Jesus Marcelo de Souza. Direito Social Fundamental à Saúde: judicialização. Brasília: Senado Federal, **Instituto Legislativo Brasileiro – ILB**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/513254> Acesso em 08 dez. 2019.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Acabada**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

GIOVANELLA, Lígia et al. Sistema Universal de Saúde e Cobertura Universal: desvendando pressupostos e estratégias. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**. 2018, vol. 23, n.6, pp. 1763-1776. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v23n6/1413-8123-csc-23-06-1763.pdf> Acesso em 07 dez. 2019.

GLOBEKNER, Osmir Antônio. Racionalidade Econômica, Escolhas Trágicas e o Custo dos Direitos no Acesso à Saúde. **Revista Dikè**, 119, v.16 – Ilhéus-BA, UESC, 2017. Disponível em: <http://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1564> Acesso em 07 dez. 2019.

GLOBO. Datafolha aponta que 18% dos brasileiros consideram saúde como principal problema no país. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/09/05/datafolha-aponta-que-18percent-dos-brasileiros-consideram-saude-como-principal-problema-no-pais.ghtml>. Acesso em 06 dez. 2019.

GLOECKNER, Joseane Ledebum. A Reserva do Possível como Limite à Efetividade do Direito Fundamental à Saúde. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 13, n. 51, p. 233-250, 2013. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/download/150/270> Acesso em 10 dez. 2019.

GOMES, Dalila F. et al. Judicialização da Saúde e a Audiência Pública Convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Saúde em Debate**. Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-156, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf> Acesso em 14 dez. 2019.

GONÇALVES, Reinaldo. Auditoria e Dívida Externa: lições da Era Vargas. In FATTORELLI, Maria Lúcia (Org.). **Auditoria da Dívida Externa: questões de soberania**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

GONÇALVES, Reinaldo. Novo Desenvolvimentismo e Liberalismo Enraizado. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 112, pp. 637-671, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n112/03.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

GONÇALVES, Reinaldo; POMAR, Valter. **O Brasil Endividado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

GRAU, Eros Roberto. O Conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988. **Revista de Direito Sanitário**. Vol. 5, n 2, São Paulo, jul./2004. pp. 68-76. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80683/84335>. Acesso em 14 nov. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUERRA, Daniela de Lima Ranieri. **A Dialética do Direito à Saúde: entre o direito fundamental à saúde e a escassez de recursos**. 2017. Dissertação. (Faculdade de Direito do Sul de Minas). Faculdade de Direito do Sul de Minas: Pouso Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2017/01.pdf> Acesso em 10 dez. 2019.

GUIMARÃES, Alexandre Queiroz et al. Alemanha: o modelo de capitalismo social e os desafios no limiar do século XXI. **Revista de Sociologia e Política**. v. 22, n. 51, p. 55-75, set. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v22n51/04.pdf> Acesso em 08 dez. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

HAYEK, Friedrich. **O Caminho da Servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

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

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O Custo dos Direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. **UCLA Law Review**, v. 65, n. 78, pp. 83-169, 2018.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA/CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. INSPER/CNJ-2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Senado da República, 2018. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf Acesso em 07 dez. 2019.

JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. München: C.H. Beck, 1995.

JÚNIOR, Alberto Gosson Jorge. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva S.A., 1997.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review* 189 (2013); FSU College of Law, **Public Law Research Paper** n. 646; 2013.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 2001.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. **A Construção do Saber**: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

LAZARI, Rafael de. **Reserva do Possível e Mínimo Existencial**: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade. Curitiba: Juruá, 2015.

LIMA, Thalita Moraes. O Direito à Saúde Revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, nº 202,

abr./jun. 2014. pp. 181-201. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/51/202/ri/ri_v51_n202_p181.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2006.

LUZ, M.T. As Conferências Nacionais de Saúde e as Políticas de Saúde da Década de 80. In Guimarães, R.; Tavares, R. (Orgs). **Saúde e Sociedade no Brasil: anos 80**. Rio de Janeiro: Relumê Dumará, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. Lua Nova. n. 57, pp. 113-133. São Paulo, 2002. Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

MAMEDE, Aline Ribeiro. **A Função Social do Imposto sobre Grandes Fortunas**. Curitiba: Appris, 2018.

MANDEL, Ernest. **O Capitalismo Tardio**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

MARCOLINO, Taís Quevedo; MIZUKAMI, Maria da Graça Nicolletti. Narrativas, Processos Reflexivos e Prática Profissional: apontamentos para pesquisa e formação. **Interface** (Botucatu) [online]. 2008, vol. 12, pp. 541-547. ISSN 1414-3283 Disponível em:
<http://www.scielo.br/pdf/icse/v12n26/a07.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

MARQUES, Rosa Maria. Notas Exploratórias sobre as Razões do Subfinanciamento Estrutural do SUS. **Planejamento e Políticas Públicas - PPP/IPEA**, n. 49, jul./dez. 2017. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/950> Acesso em 11 dez. 2019.

MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Org.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimento e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016. Disponível em:
http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude_brasil_organizacao_financiamento.pdf Acesso em 11 dez. 2019.

MARQUES, Sílvia Badim. Direito à Saúde: complexidade e enfrentamentos extrajudiciais. **Para Entender a Gestão do SUS**. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em:
http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_32.pdf. Acesso em 14 nov. 2019.

MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao Retrocesso Social: uma análise comparada entre o contexto da jurisprudência de crise em Portugal e a crise econômica brasileira. **Revista Jurídica da UFERSA**, Mossoró, v. 1, n. 2, ago./dez. 2017, p. 87-100. Disponível em:
<https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317> Acesso em 07 dez. 2019.

MASCARO, Alysson. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Editora Boitempo, 2013.

MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Tradução Marta Lanza. Lisboa: Antígona, 2017.

MENDES, Áquilas; FUNCIA, Francisco. O SUS e seu Financiamento. In MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrilo. (Orgs.). **Sistema de Saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_saude_brasil_organizacao_financiamento.pdf Acesso em 11 dez. 2019.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – FFLCH – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em 13 nov. 2019.

MENDES, Mariane Porto; SILVEIRA, Ingrid Brião Veiga da. O Princípio da Reserva do Possível: uma limitação ao direito fundamental à saúde? **Revista da Jornada da Pós-Graduação e Pesquisa – Congrega URCAMP**, 2017. Disponível em: <http://trabalhos.congrega.urcamp.edu.br/index.php/14jpgp/article/view/2742> Acesso em 10 dez. 2019.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

MENEZES, Vítor Hugo Mota de. **Direito à Saúde e Reserva do Possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MENICUCCI, Telma Maria. A Política de Saúde no Governo Lula. **Revista Saúde e Sociedade**, V. 20, n.2, São Paulo Abr/Jun. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902011000200022 Acesso em 11 dez. 2019.

MINAYO, Maria Cecília. **O Desafio do Conhecimento**. São Paulo: Hucitec, 2016.

MIOZZO, Pablo Castro. **A Dupla Face do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Da Revolução à Constituição – Memórias da Assembleia Constituinte**. Parece: Principia, 2015.

MOORE JR, Barrington. **As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1975.

MOREIRA, Alinie da Matta. **As Restrições em Torno da Reserva do Possível: uma análise crítica.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, Eduardo. **Desigualdade & Caminhos para uma Sociedade mais Justa.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao Mínimo para um Existência Digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETO, Otávio Balestra. A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde – evolução rumo à racionalidade. **Revista Direito Sanitário.** São Paulo Vol. 16, n. 1, pp. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025/98615>. Acesso em 15 nov. 2019.

NETTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NORONHA, José Carvalho de. Cobertura Universal de Saúde: como misturar conceitos, confundir objetivos, abandonar princípios. **Cadernos de Saúde Pública.** Rio de Janeiro, 29 (5): 847-849, maio, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v29n5/03.pdf> Acesso em 07 dez. 2019.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Sustentabilidade do SUS e renúncia de arrecadação fiscal em saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, 23 (6): 2035-2042, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v23n6/1413-8123-csc-23-06-2035.pdf> Acesso em 12 dez. 2019.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Cobertura Universal de Saúde: inclusão ou exclusão? **IPEA - Boletim de Análise Político-Institucional**, n.9, jan./jun., 2016. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7088/1/BAPI_n9_cobertura.pdf Acesso em 07 dez. 2019.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Gasto Privado em Saúde no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública** V. 31, n.7 Rio de Janeiro: Jul/2015. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2015.v31n7/1351-1353/pt>. Acesso em 14 nov. 2019.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

OEA. **Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”.** 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em 13 nov. 2019.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SILVA, Ivan Luiz; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. As Audiências Públicas no STF: a adoção de um modelo cooperativo de controle de constitucionalidade das normas. **Sequência** (Florianópolis), n. 78, p. 175-198, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n78/2177-7055-seq-78-175.pdf> Acesso em 14 dez. 2019.

OLIVEIRA, Maria dos Remédios Mendes et. al. Judicialização da Saúde: para onde caminham as produções científicas? **Saúde Debate**. V. 39, n. 105, pp. 525-535. Rio de Janeiro, abr/jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104-sdeb-39-105-00525.pdf>. Acesso em 14 nov. 2019.

OLIVEIRA, Kátia Cristina Santos; COSTA, Jamille Coutinho. Direito à saúde: da (in) efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. **Revista de Direito Brasileira**. (1): 77-99, 2013. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb> Acesso em 08 dez. 2019.

OLIVEIRA, Rafael; CALIL, Mário. **Reserva do Possível, Natureza Jurídica e Mínimo Existencial**: paradigmas para uma definição. In XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/11_369.pdf Acesso em 12 dez. 2019.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Caminhos da Judicialização do Direito à Saúde. In OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-d+a-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 13 nov. 2019.

ONU. **Declaração Política de Comprometimento Global para Cobertura Universal de Saúde**. 2019. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u35/uhc_hlm_silence_procedure.pdf Acesso em 07 dez. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 13 nov. 2019.

ONU. **PIDESC. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

ONU. **PIDCP. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em 07 dez. 2019.

OPAS. **Organização Pan-Americana da Saúde -Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5849:objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel&Itemid=875 Acesso em 08 dez. 2019.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português: vol. I – Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

OXFAM BRASIL. **A Distância que nos Une: um retrato das desigualdades brasileiras**, 2017. Disponível em: <https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/a-distancia-que-nos-une/> Acesso em 06 dez. 2019.

OXFAM BRASIL. **País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras**, 2018. Disponível em: <https://oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pais-estagnado/> Acesso em 08 dez. 2019.

PAIM, Jairnilson. **Reforma Sanitária Brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. Salvador: Edufba; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. **Jota**, 2018. Disponível em: Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018 Acesso em 12 dez. 2019.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A Doutrina do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1976.

PAULANI, Leda. **Brasil Delivery: servidão financeira e estado de emergência econômico**. São Paulo: Boitempo, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaud; NETO, João Carneiro Duarte. Transformações do Entendimento do STF sobre o Direito à Saúde. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, vol. 55; n. 218, pp. 99-112, abr/jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99.pdf. Acesso em 15 nov. 2019.

PENALVA, Janaína. **A Igualdade sem Mínimos: Direitos Sociais, Dignidade e Assistência Social em um Estado Democrático de Direito – um estudo de caso sobre o Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal**. 2011. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/9768/1/2011_JanainaLimaPenalvadaSilva.pdf . Acesso em: 08 dez. 2019.

PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2011.

PINTO, Élide Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos Direitos Sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educação e Sociedade**, Campinas, v. 39, n° 145, p. 980-1003, out./dez., 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302018000400980 Acesso em 12 dez. 2019.

PINTO, Élide Graziane; BIASOTOJÚNIOR, Geraldo. Suspender ou adiar custeio de direitos fundamentais nem deveria ser cogitado. **CONJUR**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-03/adiar-custeio-direitos-fundamentaisnem-deveria-cogitado> Acesso em 12 dez. 2019.

PIOLA, Sérgio; et al. **Financiamento Público da Saúde: uma História à Procura de Rumo**. Texto para Discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf Acesso em 11 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIRES, Teresinha Inês Teles. O Princípio da Segurança Jurídica e o Direito da Mulher à Saúde Reprodutiva. **Revista de Informação Legislativa**: v. 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502955> Acesso em 08 dez. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Direitos à Subsistência e Direito ao Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Alba Limitada, 1933.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa> Acesso em 07 dez. 2019.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 254, de 29 de junho de 1982**. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/395514/details/maximized> Acesso em 07 dez. 2019.

PORTUGAL. **Lei nº 56, de 15 de setembro de 1979**. Disponível em https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/75088180/201906160202/diploma?p_p_state=maximized&did=75079849&rp=indice Acesso em 07 dez. 2019.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão nº 39, de 1984, p. 1455-1468, Diário da República n.º 104/1984, Série I de 1984-05-05. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/384993> Acesso em 07 de dez. 2019.

QUEIROZ, Cid Heráclito de. Liberdade e Patrimônio: o imposto sobre as grandes fortunas. **Carta Mensal**, Confederação Nacional do Comércio, Rio de Janeiro, n. 467. p. 18, 1994.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REISSINGER, Simone. **Reflexões sobre a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. CONPEDI, 2007, pp. 1762-1780. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/simone_reissinger.pdf. Acesso em 15 nov. 2019.

RIBEIRO, Krishina Day; VIDAL, Josep Pont. Uma análise da produção acadêmica sobre a evolução do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**. Brasília, V.7, n. 2, pp. 239-261, abr./jun, 2018. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/493/548>. Acesso em 15 nov. 2019.

RIOS, Roger Raupp. Direito à Saúde, Universalidade, Integralidade e Políticas Públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. **Revista de Doutrina – TRF-4**, 2009. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao031/roger_rios.html Acesso em 10 dez. 2019.

ROCHA, Rudi. A Saúde na Constituição de 1988: trinta anos de SUS e os desafios pela frente. In FILHO, Naercio Menezes; SOUZA, André Portela. **A Carta: para entender a Constituição brasileira**. São Paulo: Todavia, 2019.

RODRIGUES, Solange Rebeca. Judicialização: possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil? **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. V. 2, 2012. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/47 Acesso em 10 dez. 2019.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na Saúde e Educação. **Cadernos de Saúde Pública** 2016, 32 (12). Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf> Acesso em 12 dez. 2019.

ROTHER, Edna Terezinha. **Revisão Sistemática x Revisão Narrativa**. Acta Paulista de Enfermagem, São Paulo, Vol. 20, n.2. Editorial. Abr./jun. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010321002007000200001 Acesso em 07 dez. 2019.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas Públicas, Judiciário e Saúde: limites, excessos e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-134309/pt-br.php> Acesso em 10 dez. 2019.

SALVADOR, Evilasio. **CPMF: muito além dos clichês**. Le Monde Diplomatique Brasil. Disponível em: <http://diplo.org.br/2007-11,a2008>. Acesso em 11 dez. 2019.

SALVADOR, Evilasio. **Fundo Público e Seguridade Social no Brasil**. São Paulo: Cortez, 2010.

SALVADOR, Evilasio; BEHRING, Elaine; DE LIMA, Rita de Lourdes. **Crise do Capital e Fundo Público**: implicações para o trabalho, os direitos e a política social. São Paulo: Cortez, 2019.

SANTOS, Alethele de Oliveira; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os Discursos na Audiência Pública da Saúde e seu Impacto nas Decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 24, supl. 1, p. 184-192, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v24s1/0104-1290-sausoc-24-s1-00184.pdf> Acesso em 14 dez. 2019.

SANTOS, Alethele de Oliveira; MARQUES, Silvia Badim. A Abordagem de Aspectos Jurídicos na Audiência Pública de Saúde do Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 3, n. 3, out./dez. 2014. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/50/95> Acesso em 14 dez. 2019.

SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. **Emenda Constitucional 95 Fere o Núcleo do Direito à Saúde**. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz, 2019. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Emenda-Constitucional-95-fere-o-nucleo-essencial-do-direito-a-saude>. Acesso em 04 dez. 2019.

SARATT; Mariane Barcelos et al. Reserva do Possível: justificativa para ausência do estado na efetivação de um direito constitucional à saúde. In **Anais da Semana Acadêmica FADISMA ENTREMENTES**, ed. 12, 2015. Disponível em: http://sites.fadisma.com.br/entrementes/anais/wp-content/uploads/2015/08/reserva-do-possivel_-justificativa-para-ausencia-do-estado-na-efetivacao-de-um-direito-constitucional-a-saude.pdf Acesso em 10 dez. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, n. 2, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In Sarlet Ingo Wolfgang, Timm Luciano Benetti. (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.13-50.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o Mínimo Existencial e sua Interpretação pelo STF no Âmbito do Controle Judicial das Políticas Públicas com Base nos Direitos Sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, Vol. 3, n. 2 maio/ago. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594/28767> Acesso em 08 dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O Mínimo Existencial. **Revista de Direito da Cidade.** Rio de Janeiro, 2016, Vol. 08, nº 4, ISSN 2317-7721 pp. 1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034> Acesso em 08 dez. 2019.

SCLIAR, Moacir. História do Conceito de Saúde. **Physis: Rev. Saúde Coletiva**, 17 (1): pp. 29-41, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em 13 nov. 2019.

SCHWARZ, Roberto. **As Ideias Fora do Lugar.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

SERVO, Luciana; et al. Financiamento e Gasto Público de Saúde: Histórico e Tendências. *In* MELAMED, Clarice; PIOLA, Sérgio (Orgs.). **Políticas Públicas e Financiamento Federal do Sistema Único de Saúde.** Brasília: IPEA, 2011.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos: Reserva do Possível.** Volume 1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Adriano Ferreira da. **“Reserva do Possível” no Supremo Tribunal Federal: uma expressão enigmática?** 2016. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf Acesso em 09 dez. 2019.

SILVA, Anderson Caputo; CARVALHO, Lena Oliveira; MEDEIROS, Otávio Ladeira. **Dívida Pública: a experiência brasileira.** Brasília: Tesouro Nacional, 2009.

SILVA, Edna Maurício da; BEZERRA, Fernando de Araújo. Complementariedade Invertida no SUS: o apoio do Estado brasileiro ao setor privado de saúde. **Anais do II Seminário Nacional de Serviço Social, Trabalho e Política Social**, 2017, ISBN 978-85-64093-50-80. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/180199> Acesso em 12 dez. 2019.

SILVA, Eduardo Pordeus. Direito Humano à Saúde e a Questão da Cidadania Socioeconômica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 49 n. 193, p. 163-170, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496564> Acesso em 08 dez. 2019.

SILVA, Francislene Lucia Martins; VALLE, Sofia Alves. O mínimo existencial como instrumento de garantia da eficácia das normas programáticas: um estudo do direito à saúde. **Revista do Centro Universitário Newton Paiva.** 2012. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/pos/824/> Acesso em 08 dez. 2019.

SILVA, Giovana Malavolta da. **O Mínimo Existencial na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** 2016. Monografia. Escola de Formação da Sociedade Brasileira de

Direito Público – SBDP. São Paulo, 2016. Disponível em:
http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/296_monografia_2016_GiovannaMalavolta.pdf Acesso em 08 dez. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao Direito dos EUA**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Luciane. Reserva do Possível x Mínimo Existencial: o controle de constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais. **Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 2009. Disponível em https://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf. Acesso em 10 dez. 2019.

SOUZA, Luís Eugênio Portela Fernandes de. Et al. Os Desafios Atuais da Luta pela Direito Universal à Saúde no Brasil. **Ciência e Saúde Coletiva**. Vol. 24 (8): 2783-2792, 2019. Disponível em: <https://scielosp.org/pdf/csc/2019.v24n8/2783-2792/pt>. Acesso em 20 nov. 2019.

SOUZA, Irenilda de; LOURIVAL, José de Oliveira. O Custo dos Direitos Fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - Faculdade de Direito de Vitória/FDV**. Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058/pdf> Acesso em 08 dez. 2019.

SOUZA, Rogério Soares de. A Jurisprudência como Fonte de Direito. **Projeção, Direito e Sociedade**. V. 5, n. 2, dez. 2014. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/411> Acesso em 14 dez. 2019.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (orgs.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, D. de F. **Projeto Montes Claros: Depoimento Oral**. Belo Horizonte: DAD/COC, 1993.

TAVARES, Luís Marcelo Cabral. As Tutelas de Urgência na Judicialização da Saúde e a Medicina Baseada em Evidências. – Comunicação Breve. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 8 (3): jul./set., 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/544/602> Acesso em 14 dez. 2019.

TAVARES, Maria da Conceição. **Ciclo e Crise: o movimento recente da industrialização brasileira**. Campinas: Instituto de Economia, 1998.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo Existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. **PIDCC**, Aracaju, Ano VI, Volume 11, nº 01, p. 102-119, fev./2017. Disponível em: <http://pidcc.com.br/artigos/012017/062017.pdf> Acesso em 08 dez. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo/FGV**. Rio de Janeiro, 177: 29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113> Acesso em 08 dez. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, São Paulo: 265-277, 2008.

TREMEL, Rosângela. Princípio da Proibição do Retrocesso: sua importância e necessidade de ampliação do entrenchment para proteção dos hipossuficientes. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, p. 109-120. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1080/901 Acesso em 07. Dez. 2019.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2011.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. Notas sobre a Efetivação do Direito Fundamental à Saúde. **Revista de Informação Legislativa**. V. 47, n. 188, p. 179-190, out./dez. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198720> Acesso em 08 dez. 2019.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Importância na Contemporaneidade. **Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 22, n. 28, p. 39-58. Florianópolis, 2015.

VAZ, Carlos Augusto Lima. A Aplicação Limitada da Reserva do Possível. **Revista Libertas**, UFOP, Ouro Preto/MG, vol. 2, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/301> Acesso em 09 dez. 2019.

VERONESE, Alexandre. A Judicialização da Política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. **Escritos: revista da Casa de Rui Barbosa**. V. 3, pp. 215-265, Rio de Janeiro, 2009.

VESTENA, Carolina Alves. **Participação ou Formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro.** Dissertação. 2010. (Fundação Getúlio Vargas/FGV – Escola de Direito do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7832/DMPPJ%20-%20CAROLINA%20ALVES%20VESTENA.pdf?sequence=2&isAllowed=y> Acesso em 14 dez. 2019.

VIANNA, Solon Magalhães. A Seguridade Social e o SUS – Revisitando o Tema. **Revista Saúde e Sociedade** V. 14, nº1, p. 7-22, Jan/Abr 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v14n1/03.pdf> Acesso em 11 dez. 2019.

VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira; PACHECO, Pablo Viana. Os tratados internacionais de direitos humanos com parâmetro para a formulação de um conceito de mínimo existencial no direito à saúde. **Revista Âmbito Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/os-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-com-parametro-para-a-formulacao-de-um-conceito-de-minimo-existencial-no-direito-a-saude/> Acesso em 08 dez. 2019.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**. V10 n.3. Brasília, 2016.

WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo Vol. 4 n. 2. pp. 539-568. jul/dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>. Acesso em 15 nov. 2019.

WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In ROCHA, João Carlos de Carvalho *et al.* (Orgs.). **Ação Civil Pública - 20 Anos da Lei n. 7.347/85**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 507-531.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Public Spending on Health: a closer look at global trends. 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276728/WHO-HIS-HGF-HF-WorkingPaper-18.3-eng.pdf?ua=1> Acesso em 12. Dez. 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución**. Madrid: Trotta, 2011.