



## A efetivação do direito fundamental à saúde à luz da proporcionalidade e da teoria da reserva do possível

### The effectiveness of the fundamental right to health in the light of proportionality and the theory of the possible reserve

### La eficacia del derecho fundamental a la salud a la luz de la proporcionalidad y la teoría de la posible reserva

**João Felipe da Silva Fleury**

(Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP)

E-mail: [jfelipe.contato@gmail.com](mailto:jfelipe.contato@gmail.com)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1982-3245>

#### Resumo

O presente trabalho objetiva traçar uma análise acerca da efetivação do direito fundamental à saúde em ponderação com o princípio da proporcionalidade e a teoria da reserva do possível. O objetivo é analisar o direito fundamental à saúde como um direito limitado e que depende de alocação de recursos financeiros igualmente limitados por parte do Estado. Justifica-se o estudo pelas discussões sob o enfoque doutrinário e prático no cenário nacional. Assim, aborda-se, de maneira sintetizada, as bases do direito fundamental à saúde bem assim a limitação da atuação financeira por parte do ente federado, sob a ótica da reserva do possível. A pesquisa foi desenvolvida através de uma abordagem dogmática e sócio jurídica, utilizando como técnicas de pesquisa as análises bibliográfica e documental..

**Palavras-chave:** Direito à Saúde. Reserva do possível. Proporcionalidade.

#### Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo esbozar un análisis sobre la realización del derecho fundamental a la salud en consideración con el principio de proporcionalidad y la teoría de la reserva de lo posible. El objetivo es analizar el derecho fundamental a la salud como un derecho limitado que depende de la asignación de recursos financieros igualmente limitados por parte del Estado. El estudio se justifica por las discusiones bajo el enfoque doctrinal y práctico en la escena nacional. Por lo tanto, se abordan las bases del derecho fundamental a la salud, de manera resumida, así como la limitación del desempeño financiero por parte de la entidad federada, desde la perspectiva de la posible reserva. La investigación se desarrolló a través de un enfoque dogmático y sociolegal, utilizando análisis bibliográficos y documentales como técnicas de investigación.

**Palabras Claves:** Derecho a la Salud. Reserva de lo posible. Proporcionalidad.

#### Abstract

The present work aims to outline an analysis about the realization of the fundamental right to health in consideration with the principle of proportionality and the theory of reserve of the possible. The objective is to analyze the fundamental right to health as a limited right that depends on the allocation of equally limited financial resources by the State. The study is justified by the discussions under the doctrinal and practical focus on the national scene. Thus, the bases of the fundamental right to health are approached, in a summarized manner, as well as the limitation of financial performance by the federated entity, from the perspective of the possible reserve. The research was developed through a dogmatic and socio-legal approach, using bibliographic and documentary analyzes as research techniques.

**Keywords:** Right to Health. Reservation of the possible. Proportionality.

**Recebido em: 10/06/2020**

**Aceito em: 16/12/2021**

75





## 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inseriu um significativo número de direitos sociais no ordenamento jurídico interno, o que acabou por aumentar as responsabilidades dos entes estatais, cujo objetivo, dentre outros, passou a ser atender as necessidades de parcela significativa da população brasileira.

Por força da norma instituída em seu artigo 6º, a Constituição atribuiu à saúde o status de direito social, elevando-o ao grau de direito fundamental do cidadão. Nesse desiderato, constituiu a saúde uma obrigação precípua do poder público.

O direito à saúde resulta de um contexto normativo-constitucional que se mostra presente inclusive no preâmbulo da Constituição, como efeito do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que consubstancia um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Coube ao Estado a promoção de políticas públicas, de cunho social e econômico, a fim de possibilitar acesso universal igualitário às ações necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à diminuição dos riscos de doenças, bem como garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, proteção e a recuperação da saúde.

Todavia, esse direito não pode ser encarado como um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional pelo indivíduo, em clara desconsideração dos interesses sociais da comunidade.

A interpretação de questões como tais, não pode deixar de considerar que os direitos têm custos, e que a realização de tais direitos depende de alocação de recursos públicos. São notórias as limitações financeiras e orçamentárias para a efetivação plena dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, evidencia-se clara a lacuna existente entre os atos normativos que sustentam direitos e garantias fundamentais e sua efetiva prestação.

## 2. Origem e dimensões dos direitos fundamentais

Surge, entre os pensadores dos séculos VII a II a.C., a ideia de ser humano dotado de liberdade e razão, como base para os fundamentos intelectuais, para a compreensão da pessoa humana e afirmação de direitos mínimos universais a ela inerentes. (COMPARATO, 2001).

Para se pensar em direitos fundamentais foi imprescindível a configuração de ao menos três elementos, quais sejam: o Estado, sem o qual a proclamação de direitos se tornaria impossível; a noção de indivíduo, como destinatário daqueles direitos; e a consagração escrita, como forma de se conferir superioridade frente a outros atos normativos.

O processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, tais como reconhecidos nas primeiras declarações do século XVIII, foi acompanhado, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015)

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade. Todavia, em que pese ser considerado o mais importante documento da época, a *Magna Charta* não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se já nos séculos XII e XIII, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.

Importante consignar, outrossim, como marcos importantes do reconhecimento dos direitos fundamentais, a Petição de Direitos, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689 e o *Establishment Act*, de 1701.

Esses documentos resultaram em uma limitação do poder monárquico e em uma afirmação do Parlamento perante a coroa como reconhecimento de direitos e liberdades ao povo inglês.

Para Sarlet (2015), em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positividade de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isto se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da revolução que marcou a instauração da ordem burguesa na França, e que posteriormente viria a influenciar o direito constitucional, surgiu em 1789, e foi a primeira a marcar a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.



A contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do Século XIX.

No século XX as convenções passam a consagrar diversos direitos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos do Homem, adotada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Atente-se, ainda, para a circunstância de que a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais, recém-traçada de forma sumária, culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.

Os direitos fundamentais resumem a concepção do mundo e influenciam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São as bases do sistema de direito positivo, responsáveis pela garantia de prerrogativas e instituições capazes de zelar pela convivência digna, livre e igualitária entre as pessoas e entre essas e o Estado. Consubstanciam um núcleo normativo essencial que sustenta todo o ordenamento jurídico através da tutela da liberdade, autonomia e segurança dos cidadãos, seja perante o Estado, seja perante outros cidadãos. Decorrem da própria natureza do homem, não havendo, pois, como rotular ou discriminá-los exaustivamente. De toda forma, esses direitos encarnam a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, razão pela qual é possível classificá-los de acordo com os interesses por eles tutelados.

Para Gilmar Mendes (2008, p.266) os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-o para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.

São classificados, na visão de Sarlet (2001), em dois grandes grupos, quais sejam: os direitos de defesa - nos quais se incluem os direitos à liberdade e igualdade, garantias individuais, liberdades sociais e direitos políticos - e os direitos a prestações, ou direitos sociais de natureza prestacional, no sentido amplo e estrito.

Daí, pois, a conclusão de que os direitos fundamentais englobam tanto prestações positivas como negativas.

Na primeira dimensão encontram-se os direitos individuais e políticos, decorrentes do ideário que conduzia ao Estado essencialmente liberal. Caracterizam-se como direitos do indivíduo frente ao Estado.

Merecem destaque, no rol desses direitos, o direito a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei.

Nesse contexto encontram-se a proteção contra a privação arbitrária de liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e o segredo de correspondência. Ademais, outros direitos, como à ordem econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de atividade econômica,



liberdade de profissão, livre disposição da propriedade, direito de associação, voto, acesso aos cargos públicos, entre outros, também se encaixam nessa dimensão.

Na segunda dimensão encontram-se os direitos sociais, tendentes a garantir instrumentos imprescindíveis para a efetivação dos direitos individuais.

Com o surgimento da filosofia social, o Estado antes absolutista e contra qual os direitos individuais mereciam proteção, passa agora a atender aos anseios sociais, com fins de satisfazer as necessidades coletivas da comunidade. Nesse ínterim, atribui-se ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

É importante ressaltar que a ideologia que descansa à sombra do Estado Social está embasada no critério do universalismo. Este, a seu turno, reveste-se de uma forma política social que tem seu nascedouro e desenvolvimento em momentos historicamente compatíveis com a própria ampliação do conceito de cidadania. Não há dúvidas de que o fim dos modelos de governo totalitários da Europa Ocidental, como o nazismo e o facismo, bem como a hegemonia política, em uma esfera global, dos Estados social-democratas, permeada pelos influxos críticos das correntes ideológicas socialistas sedimentadas na cultura europeia, acabaram por concretizar um ideário fundamentado na concepção de que existem direitos sociais indissociáveis à existência de qualquer cidadão.(Ciarlini, 2008).

A representação do Estado social e dos princípios políticos liberais se dá através do surgimento do conceito de *Welfare State*, ou Estado de Bem-Estar Social, que acabou por influenciar o Brasil, ainda que de modo menos enfático, se comparado com outras sociedades ocidentais.

Para Bonavides (2003, p. 584) com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da lei Magna – separação dos poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais de liberdade, sob a égide do Estado Social.

A ideia de agora, passa a ser não a proteção contra o Estado, ou seja, um rol de condutas negativas e atuações vedadas, mas sim o ideal de prestações positivas por parte daquele, como forma de garantir a satisfação de direitos básicos. O Estado deixa a posição de inércia e isolamento para assumir, então, a realização de alguns direitos sociais básicos à garantia da dignidade da pessoa humana.

Nessa dimensão é possível apontar o direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.

Essa categoria de direitos consubstancia meio para a efetivação dos direitos e liberdades, garantindo direitos sociais e fortalecendo os pilares da democracia.

Para Magalhães, os direitos sociais são essenciais para os direitos políticos, pois será da educação que se chegará à participação consciente da população, o que implica também



necessariamente no direito individual à livre formação da consciência e à liberdade de expressão e informação. Os direitos econômicos, da mesma forma colaboram para o desenvolvimento e efetivação da participação popular através de uma democracia econômica.

É contudo no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, entendida esta num sentido material. (SARLET, 2015).

Calha gizar que, a segunda dimensão dos direitos fundamentais integram não só prestações estatais positivas, mas igualmente as chamadas liberdades sociais, caracterizadas pelo direito de sindicalização, greve, e direitos oriundos das relações trabalhistas, como férias, repouso semanal remunerado, salário-mínimo, limitação de jornada, entre outros.

Os direitos sociais, tais como os individuais de primeira dimensão, referem-se à pessoa individualmente considerada, não podendo, pois, serem confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos, estes considerados como de terceira dimensão.

Esses, os direitos de terceira dimensão, por sua vez, estão caracterizados pela titularidade coletiva e difusa, também denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade, revelando clara desvinculação da pessoa individual, ao tempo em que indica proteção de grupos humanos. Configuram clara preocupação com o gênero humano e, nesse ínterim, destacam-se os direitos à paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, meio ambiente, conservação e proteção do patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação, entre outros.

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes, indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. (SARLET, 2015)

Entre os estudiosos do direito surge o pensamento acerca de quarta, quinta e até sexta dimensões de direitos fundamentais, que, todavia, pende de consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Por não ser o objeto central do presente trabalho, feita tal ressalva, abster-se-á de enfrentar supostas dimensões.

No Brasil a Constituição de 1988 é marcada por um amplo processo de discussão, ocorrida por ocasião da redemocratização do País, após vinte e um anos de ditadura militar, e caracterizada pelo amplo espectro de direitos fundamentais.

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos

fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015).

Ingo Wolfgang Sarlet (2014, p. 534) leciona que a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 foi a primeira, na história constitucional brasileira, a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais, em que, juntamente com os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos políticos e as regras sobre a nacionalidade, foram também consagrados direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente previstos no capítulo dos direitos sociais.

Impende salientar que a positivação dos direitos sociais em capítulo específico no catálogo de direitos fundamentais evidencia sua condição de relevância do contexto do direito positivo.

### **3. A saúde como direito fundamental de segunda geração**

Cediço que a supremacia da Constituição de um país serve como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, vez que garante o respeito à ordem jurídica, bem como possibilita a efetivação dos valores sociais. Justamente em razão dessa supremacia é que consubstancia indispensável o pensamento de um sistema cujo objeto seja protegê-la, a fim de afastar toda e qualquer agressão aos preceitos constitucionais.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 eleva a saúde ao nível de direito social inovando o sistema constitucional até então vigente. Somente com a promulgação da Constituição Cidadã é que os direitos sociais foram positivados de forma efetiva como direito fundamental de segunda geração.

Para Roberto Mercado Lebrão (CONTI, 2010, p.367) ao compará-la com os demais direitos sociais consagrados pela Constituição, é fácil constatar que a saúde foi merecedora de indiscutível atenção especial, tendo sido tratada com uma incomum riqueza de detalhes para os padrões constitucionais. Tal detalhamento é inclusive alvo de algumas críticas, com base no argumento de que as Constituições, por sua natureza, devem servir exclusivamente como veículos de diretrizes e parâmetros gerais, reservando-se as minúcias ao campo infraconstitucional.

De todo modo, ainda que respeitado esse argumento, é fato que, ao menos na experiência brasileira, tal opção do legislador constituinte acabou se mostrando positiva, na medida em que o direito à saúde, apesar de diversos problemas e limitações, é considerado por muitos como aquele que mais rapidamente evoluiu após a promulgação da nova Constituição no campo do federalismo cooperativo.



A ordem constitucional brasileira consagrou a saúde como bem jurídico relevante digno de tutela constitucional e a elevou a *status* de direito fundamental de segunda geração, outorgando-lhe proteção jurídica diferenciada.

Tal fato se deu no texto constitucional de 1988, que em seu artigo 6º especificou os direitos sociais, ombreado a saúde aos direitos à educação, moradia, alimentos, trabalho, assistência social e outros.

O direito à saúde resulta de um contexto normativo-constitucional que se mostra presente inclusive no preâmbulo da Constituição, como efeito do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que consubstancia um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

É pois, a saúde, um direito social, um dever do Estado e uma garantia inderrogável do cidadão, sendo indisponível, por traduzir-se em pressuposto essencial à vida, constituindo-se, demais disso, em um direito fundamental da pessoa.

A saúde, nos termos do texto constitucional consubstancia não só um direito do cidadão, mas também um dever por parte do Estado. Tal afirmação ratifica a ideia de que a migração de um Estado absolutista para um Estado social fez surgir a noção de um estado proativo no sentido de consagrar ações necessárias à garantia da dignidade e das liberdades.

A saúde é, nesse contexto, um direito fundamental social do ser humano, com assento, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 10 de dezembro de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 3 de janeiro de 1976.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, importante fonte do direito constitucional, dedica previsão expressa para os direitos sociais, em especial à saúde ao prever em seu Artigo XXV que 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.

Nos termos da etiqueta contida no artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é um direito de todos e sua efetivação constitui um dever do Estado. Configura, pois, uma obrigação precípua do poder público para a efetivação daquele direito.

Também haverá de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.(SARLET, 2006).

A saúde deve ser entendida com algo presente: a concretização da sadia qualidade de vida. Uma vida com dignidade. Algo a ser continuamente afirmado diante da profunda miséria por que atravessa a maioria da nossa população. Consequentemente a discussão e a





compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal. (ROCHA, 1999, p. 43)

Cediço que o direito à saúde, corolário da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, consubstancia um dever do Estado-garantidor de assegurar o mínimo de condições básicas à vida e o desenvolvimento do indivíduo.

Cabe, pois, ao Estado, a promoção de políticas públicas, sociais e econômicas, a fim de possibilitar acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Com a redemocratização operou-se uma intensificação nas discussões acerca da universalização dos serviços públicos de saúde, o que culminou no “movimento sanitarista” e na criação do Sistema Único de Saúde.

Na visão de Ciarlini (2008) a criação de uma estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social revelam a franca adoção, no Brasil, dos critérios de universalização dos direitos sociais. A promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS) é um claro exemplo no que se reporta especificamente ao direito à saúde.

Não se pode negar que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabelece a fundamentalidade do direito social à saúde, confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como garantir à população o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

O direito à saúde pode ser considerado como constituído simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames das mais variadas naturezas, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (SARLET, 2006)

Como fundamental que é, o direito à saúde assume roupagem de norma-princípio, de forma que acaba por constituir uma espécie de mandado de otimização e, assim, impor aos entes estatais a obrigação de realizá-lo com a maior eficácia e efetividade possíveis.

As normas de direitos fundamentais refletem a necessidade de efetividade e eficácia por si só, independente da existência de outros elementos normativos, o que, na linguagem da etiqueta contida no §1º do Artigo 5º da Constituição, são de aplicação imediata. (BRASIL, 2018)

O direito à saúde, assim como os demais direitos encartados no rol de fundamentais, não podem ser encarados como meros enunciados sem força normativa, interpretados como ideais a serem adotados em futuros projetos que poderão, ou não, vir a ser concretizados. Não

podem ser restritos a meras intenções no sentido de indicar a adoção de políticas públicas pelos titulares de deveres políticos. Merece pois, nessa concepção, ser interpretado sob a ótica de dois vieses, quais sejam a dimensão negativa e positiva.

Negativa na medida em que impõe ao Estado a abstenção da prática de atos que possam submeter o cidadão à qualquer sorte nociva à sua saúde, bem assim garante proteção à eventual agressão por parte de terceiros. Palavras outras, qualquer ação por parte do Estado que venha ser ofensiva à saúde é, a princípio, inconstitucional.

A dimensão positiva, doutra senda, caracteriza-se por uma atuação prestacional do Estado, como forma de atender aos anseios individuais em prol do alcance do melhor tratamento, medicamento ou assistência médica e hospitalar, etc.

Aqui nasce o ponto nodal do presente trabalho. Isso porque na dimensão negativa do direito à saúde, dúvidas não pairam de que o Estado deve abster-se da prática de qualquer ato nocivo àquele direito. Não pode restringir, afetar, ou praticar atos capazes de expor a população, mesmo que no âmbito individual, à intempéries capazes de reduzir sua saúde, bem-estar e existência digna. Lado outro, quando se atém à dimensão positiva, resta o questionamento acerca de qual responsabilidade deve se colocar sobre os ombros dos entes públicos como forma de garantir à população o acesso amplo e universal à saúde.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição. (SARLET, 2005)

Insosfismável, por estar etiquetado no artigo 196 do texto constitucional, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que restou incumbido de garantir, mediante políticas públicas, redução do risco de doença e agravo, bem assim acesso universal e igualitário à ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Conforme asseverado alhures, o direito à saúde, como fundamental que é, consubstancia norma de aplicação e efetividade imediata, respeitando-se a isonomia e o acesso universal. Todavia esse direito, assentado constitucionalmente, não poder ser encarado como um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional pelo indivíduo, em clara desconsideração dos interesses sociais da comunidade.

A despeito da universalização dos direitos fundamentais sociais, não se pode perder de vista que sua concretização depende de esforço econômico e financeiro por parte do Estado.

Para Holmes e Sunstein (1999, p.94) o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de uma reflexão que tenha em conta a peculiaridade de que



os direitos têm custos. Pretendem os autores demonstrar que a realização e observância de direitos constitucionais dependem de alocação estratégica de recursos públicos aptos para tanto.

Dá a preocupação demonstrada por Dworkin no sentido de se ponderar não só a necessidade de efetivação dos direitos sociais fundamentais, mas também a escassez de subsídios que os contingenciam.

Observa Ciarlini (2008) que, nessa medida, considera-se que os direitos têm custos e que esses custos constituem uma limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado.

Surge, pois um questionamento: se os direitos sociais são considerados absolutos, sua concretização independe da capacidade financeira do Estado. Por outro lado, se dependem de contingenciamento financeiro de acordo com a realidade do Estado, não podem ser considerados absolutos, já que não poderiam, todos eles, ser atendidos ao mesmo tempo.

O direito fundamental à saúde não só é dever do Estado, mas também encontra sustentáculo em duas espécies de garantia constitucional, quais sejam, a orgânica e a financeira. Ao direito de que trata o artigo 196 corresponde, assim, seus instrumentos de consecução, igualmente exigíveis na forma das garantias escritas no artigo 198, ambos do texto constitucional. (Pinto, 2016, p.3)

É nesse contexto que surge a dúvida sobre a atuação do Poder Judiciário nos casos em que se judicializa o direito à saúde, ou a extensão desse direito. Em não raras vezes, por força de deliberação judicial o Estado se vê obrigado a prestações positivas no sentido de fornecer medicamentos, leitos hospitalares, equipamentos, ou qualquer outra espécie de prestação.

Neste contexto, Ingo Wolfgang Sarlet (2008) observa que a expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc.), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.

Para o autor (SARLET, 2008) com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes. Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.



Dessa forma, o direito à assistência positiva do Estado, consubstanciada em um direito subjetivo a prestações positivas, não pode alcançar todo e qualquer tipo de anseio, devendo, pois, restringir-se àquelas que se revelarem básicas. Só se pode exigir do Estado aquela prestação que se revele razoável, de modo que este não poderá ser compelido a arcar com tratamento prescindível ou fornecer medicamento que corresponde à mesma eficácia com um custo inferior. Para Rawls (1971) os princípios de justiça mais razoáveis derivariam de mútuo acordo entre pessoas em condições equânimes. Para o autor, a efetivação de direitos sociais, como no caso a saúde, deve ser analisada sob a ótica de se garantir o mínimo de igualdade que permita um sistema equitativo de cooperação, sem que alguns disponham de melhores condições de negociação que outros.

#### **4. Limites da concretização do direito à saúde**

Cediço que existem limitações financeiras e orçamentárias para a efetivação plena dos direitos fundamentais. É justamente do Estado pós-social que se evidencia lacuna entre os instrumentos normativos que sustentam direitos e garantias fundamentais e sua efetiva prestação. Nasce, a partir de então, o exercício do direito de ação, em busca de tutela jurisdicional garantidora do atendimento de preceitos fundamentais adequados aos direitos do cidadão.

Considerando-se a limitação orçamentária, todavia, aliada à conseqüente impossibilidade de efetivação absoluta dos direitos fundamentais de segunda geração, surge a discussão acerca de limites à concretização daqueles direitos.

Uma das argumentações de restrição à intervenção do Poder Judiciário em questões relacionadas à efetivação dos direitos sociais, *in casu* ao direito à saúde, é a teoria da reserva do possível, referenciada pelo Tribunal Constitucional alemão, quando da decisão conhecida como *numerus clausus*.

A questão nuclear envolvida naquele caso referia-se à pretensão de alguns estudantes que haviam sido reprovados no exame de admissão das escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude de política de limitação de vagas em cursos superiores.

O pleito foi estribado na argumentação de que o artigo 12 da Lei Fundamental garantia a todos os alemães o direito de livre escolha de profissão, local de trabalho e centro de formação.

Em deliberação acerca da perlanga, o Tribunal Constitucional concluiu que o direito à prestação positiva encontrava-se balizado pela reserva do possível, no sentido de que a pretensão do cidadão estaria limitada àquilo que, de maneira razoável, se pode esperar do Estado.

Na visão de Sarlet (2001. p. 265) o Tribunal alemão conduziu conclusão no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Percebe-se, pois, que a teoria da reserva do possível, em sua origem, não se atém exclusivamente à questão da impossibilidade ou dificuldade financeira do Estado na implementação e efetivação dos direitos fundamentais, mas, para além, à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo.

Não se pode, nesse interregno, transmutar a teoria da reserva do possível em teoria da reserva do financeiramente possível, sob pena de se inviabilizar o controle judicial da efetivação dos direitos sociais, sobretudo no que se refere a prestações positivas.

O Supremo Tribunal Federal do Brasil teve a oportunidade de deliberar a esses respeito quando do julgamento da ADPF nº 45, da Relatoria do Ministro Celso de Mello consignou:

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 modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômica-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.

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 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” - 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 de um sentido de essencial fundamentalidade.

Para Mânica (2008, p. 101) tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades - mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais - são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência econômica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quando na decisão judicial no caso concreto. Entretanto, nessa última hipótese, a insuficiência de recursos deve ser comprovada. A situação

não é de fácil concreção prática e tende a ocorrer, sobretudo, no âmbito municipal em questões que envolvam a construção de obras públicas.

Sobre o caso, já deliberou do Tribunal da Cidadania, quando do julgamento do Recurso Especial nº 208893/PR:

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autos da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo.

(...)

Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido ‘demonstrou não ter, no momento, condições de efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município’. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida.

Assim como fora outrora adotado pela justiça alemã, a teoria da reserva do possível deve adotar como referencial a racionalidade daquilo que o cidadão deve e pode esperar do Estado. Essa racionalidade não pode ser aferida genericamente com base em questões unicamente financeiras e orçamentárias, mas deve, isso sim, ser ponderada individualmente em cada caso concreto, donde deverá se verificar a proporcionalidade daquilo que se espera do Estado em comparação com a capacidade de disposição de recursos por ele.

Na visão de Mânica (2008, p. 101) a aplicação da teoria da reserva do possível implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais. Isso significa que a inexistência efetiva de recursos e ausência de previsão orçamentária são elementos não absolutos a serem levados em conta no processo de ponderação por meio do qual a decisão judicial deve tomar forma. Assim, o custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação.

A proporcionalidade, por outro norte, desempenha um importante papel estratégico na questão referente à intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais e implementação de políticas públicas, com respeito à discricionariedade administrativa.

Os direitos fundamentais, enquanto na dimensão positiva, impõem prestações por parte do Estado no sentido de efetivar os direitos tutelados pela ordem constitucional. Todavia, ao contrário do que ocorre na dimensão negativa, nem todas as prestações por parte do Estado podem ser consideradas devidas, abrindo-se, assim, campo para a ponderação e análise da proporcionalidade.



Segundo Alexy (1990, p. 62 apud LEAL, 2015, p. 143-163) quando o que está em pauta é a proibição de matar, esta proibição atinge, *prima facie*, toda e qualquer forma de morte (independentemente do meio empregado); já na hipótese de haver um dever em sentido contrário, de salvamento – cuja dimensão é objetiva – nem todos os meios disponíveis para tanto são, desde logo, impostos.

O destinatário do dever de atuação positiva para efetivação do direito social tem um espaço de deliberação discricionária, em sede do qual pode optar pela melhor forma a ser adotada, de acordo com os fins reputados mais adequados. Trata-se do núcleo essencial das políticas públicas, consubstanciado nas escolhas do Administrador Público das formas mais adequadas ao atingimento da obrigação ou do dever fixado pelo ordenamento jurídico.

Todavia, esse espaço discricionário de deliberação do Administrador Público, encontra limites na efetividade, e não mera programaticidade dos direitos fundamentais de segunda geração.

O critério balizador e o limite para estas escolhas residem, por sua vez, justamente na observância do princípio da proporcionalidade: quando as escolhas satisfazem o teste de proporcionalidade, prevalece a lógica da discricionariedade; havendo desproporcionalidade (na ponderação entre fins por ocasião da alocação de recursos e/ou na ponderação entre meios e fins), a intervenção do Judiciário se justifica. (LEAL, 2015, p. 143-163)

O Supremo Tribunal Federal, quando da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1800-1/DF, julgada em 2006, deliberou sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade:

[...] como se sabe, o princípio da proporcionalidade, bem estudado pela doutrina alemã, corresponde a uma moeda de duas faces: de um lado, tem-se a proibição do excesso (*übermassverbot*) e, de outro, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*). [...] A medida legal contestada conforma-se perfeitamente à outra faceta do princípio da proporcionalidade acima mencionado, o qual exige que o Estado preste proteção eficaz aos economicamente hipossuficientes, sobretudo no que respeita seus direitos de cidadania.

O princípio da proporcionalidade pode muito contribuir na solução de demandas coletivas em matéria de direitos prestacionais, visto que as prestações estatais dependem de recursos públicos escassos e a necessidade e a adequação da medida postulada pela comunidade serão avaliadas a partir dos limites impeditivos trazidos pelo poder público. Soluções compromissórias afiguram-se razoáveis no contexto de um país ainda muito marcado por transformações econômicas e sociais permanentes que retiram do horizonte de longo prazo a estabilidade inerente a qualquer planejamento. Compromissos republicanos, firmados com o objetivo máximo de concretizar o texto, é que devem pautar tais medidas coletivas levadas ao judiciário. (Mânica, 2008, p.267-289)

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de Intervenção Federal nº 139-1/SP, julgado em 19.03.2003, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a aplicação do

princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. Em face de um conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado deve afigurar-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de relativização do princípio contraposto).

## 5. Conclusão

A concretização de uma vida com dignidade, sobretudo em tempos de grave miséria, como o que atravessa grande parte da população brasileira, depende da concretização de direitos fundamentais, dentre os quais se inclui o direito à saúde. Tais direitos corroboram para a implementação da cidadania e atendimento de necessidades básicas dos cidadãos.

Nesse desiderato é que a saúde, como direito social assentado na etiqueta contida no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, consubstancia dever do Estado, como garantidor que é das básicas condições de vida e de desenvolvimento do indivíduo. Trata-se, pois, de norma de aplicação e efetividade imediatas.

Pelo atual arranjo constitucional, é insofismável concluir que ao Estado restou promover políticas públicas, sociais e econômicas, tendentes a garantir acesso universal igualitário às ações e serviços necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos.

Todavia, esse direito (à saúde) não pode caracterizar um dever estatal ilimitado, irrestrito e absoluto, nem, tampouco, de exercício irracional, seja individual ou coletivamente defendido, em claro arrepio dos interesses sociais da comunidade.

Imperiosa é a análise dos direitos sociais com o foco voltado à questão da saúde, sob uma perspectiva de que para cada direito corresponde um determinado custo, razão pela qual, sua concretização depende, via de regra, de alocação de recursos públicos suficientes à implementação.

Irrefragável, portanto, que os custos necessários à implementação do direito à saúde constituem, a bem da verdade, uma limitação ao seu atendimento, porquanto, depende da força financeira do Estado.

Doutro tanto, as políticas públicas destinadas à implementação do direito à saúde depende de deliberação por parte do Poder Executivo, como órgão eletivo e incumbido da

realização da vontade da maioria, sem, contudo, desconsiderar os interesses e necessidades das classes que integram a minoria.

Dessa forma, no arranjo jurídico e político brasileiro, cabe ao administrador público, democraticamente, ressalvadas as competências parlamentares em matéria orçamentária, a legitimação para deliberar acerca da afetação dos recursos públicos, em claro respeito ao princípio da separação dos poderes.

Por essa razão é que o direito subjetivo a prestações positivas por parte do Estado, no que diz à saúde, não pode englobar genérica e indistintamente qualquer tipo de anseio do cidadão, devendo, pois restringir-se àquelas que se revelarem básicas ou que, no contexto da adoção de políticas públicas, tenham sido eleitas pelo administrador como prioritárias.

É nesse ínterim que irrompe a teoria da reserva do possível, com o objetivo de cingir o direito à economia, no afã de demonstrar que as necessidades, embora ilimitadas, dependem de aportes financeiros que são escassos. Daí a importância de pensar a reserva do possível tanto na definição de políticas públicas, quanto na intervenção judicial em sede de demandas que perpetram efetivação de direitos sociais (à saúde, inclusive).

Por outro lado, pensar sob a ótica do princípio da proporcionalidade também pode auxiliar na deliberação de demandas cujo objetivo seja a proteção e reconhecimento do direito à saúde em sua perspectiva positiva. Isso porque oferece base necessária para a interpretação e correta aplicação de comandos constitucionais que, apenas aparentemente, apresentam alguma inconsistência prática. Corresponde, nos termos do que já perfilhou o Supremo Tribunal Federal, a uma moeda de duas faces: se de um lado há uma proibição de excesso, por outro norte há vedação à insuficiente proteção.

## 6. Referências bibliográficas

AFONSO, João Roberto. Orçamento Público no Brasil: História e Premência de Reforma. Joaçaba V.17,n1, p9-28, jan/abr.2016.

ALMIRO, Affonso. Questões de Técnica e de Direito Financeiro. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1957, p. 113-114.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Org.). Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015

BARBOSA, Valquíria. Análise crítica do Princípio da Reserva do Possível à luz do Sistema Único de Saúde (SUS) frente a judicialização do direito fundamental à saúde. Revista Brasileira de Direitos Municipal. Belo Horizonte, ano 15, nº 54, p. 173-184, out./dez. 2014.





BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento de gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Anuário Ibero Americano de Justicia Constitucional*, n° 13, p. 17-32, 2009.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*, ed. 4, Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicações/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicações/12685_Cached.pdf). Acesso em: 09 jul 2018.

BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil brasileiro*, Brasília, DF, janeiro 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil brasileiro*. Brasília, DF, março 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. *Lei Orgânica da Saúde*, Brasília, DF, setembro 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 564

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI; GARTH apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. *Dissertação (Mestrado em Administração Pública)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993

CASTRO, Katia Regina Tinoco Ribeiro de. Os juízes diante da judicialização da saúde: o NAT como instrumento de aperfeiçoamento das decisões Judiciais na área da saúde. 2012.



85 f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9769> Acesso em: 06 dez 2016.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos. Impacto deslocativo no orçamento público estadual em face de decisões judiciais. In.: Controle Externo – Estudos Temáticos. GUERRA, Evandro Martins; CASTRO Sebastião Helvécio Ramos de (Coord). Belo Horizonte: Forum, 2012

CIARLINI, Alvaro Luis Araujo. O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar. 2008. 288 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano II, nº2 e Ano III, nº3, 2001-2002.

\_\_\_\_\_. Desjudicialização da Saúde: uma bem necessário? Revista IOB de Direito Público. Brasília. Instituto Brasiliense de Direito Público. Ano V, nº 28, jul-ago, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos fundamentais. 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

CONTI, José Maurício. *Levando o Direito Financeiro a Sério*. São Paulo: Editora Edgard Blücher, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/1TNvdTU>.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F.; BRAGA, Carlos A. Faraco (cords.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010.

DOMINGUES, José Marcos. O desvio de finalidade das contribuições e o seu controle tributário e orçamentário no Direito Brasileiro. In Domingues, José Marcos (coord.). Direito Tributário e Políticas Públicas. São Paulo: MP, 2008, p.300.

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

FARIELLO, Luiza. TCU e Estados apontam aumento dos gastos com a judicialização da saúde. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85911-tcu-e-estados-apontam-aumento-dos-gastos-com-a-judicializacao-da-saude> >. Acesso em 24 out 2018.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos. Responsabilidade Fiscal: Aspectos Polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GIACOMONI, James. Orçamento público. 15. ed., São Paulo: Atlas, 2010.



HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A dignidade humana e o Princípio da Proporcionalidade como fundamentos e como parâmetro para o controle jurisdicional de políticas públicas. In: ALEXY, Robert. BAEZ; Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery. *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, 1 ed., Florianópolis: Qualis, 2015.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. São Paulo: Lua Nova, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz . Os Direitos Políticos, *Revista de Informação Legislativa*, p.44.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Jan/Jul 2008.

MEDICE, André. *Breves Considerações sobre a Relação entre Financiamento da Saúde e Direito*

*Sanitário no Brasil* In: BRASIL – Ministério da Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. A crise e o Setor Saúde no Brasil. Acessado em <http://portalhospitaisbrasil.com.br/artigo-a-crise-e-o-setor-saude-no-brasil/>, em 14/10/2018,

MELO, Ceso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p.251.

PINTO, Élide Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. *Futuros do Brasil textos para debate*, nº 10, junho 2016.

\_\_\_\_\_; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *Revista de Direito Administrativo Constitucional*, Belo Horizonte, v.16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016.





PIRES, José Santo Dal Bem; MOTA, Waldir Francelino. A Evolução Histórica do Orçamento Público e sua Importância para a Sociedade. Revista Enfoque: Reflexão Contábil nº 2, v. 25, mai/ago 2006.

RAWLS, John. A Theory of Justice. Londres: Havard University Press, 1971.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Julio César de Sá. Direito da Saúde: Direito Sanitário na Perspectiva dos Interesses Difusos e Coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SANT'ANA JMB; OSÓRIO-DE-CASTRO CGS, VENTURA M. Essencialidade e assistência farmacêutica: considerações sobre o acesso a medicamentos mediante ações judiciais no Brasil. Revista Panam Salud Publica. 2011;29(2):138-44.

SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda (Org.). Judicialização da saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014. p.25-57.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 4, dez. 2006, p. 1-22. Disponível em: . Acesso em:

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 160-161.

TEIXEIRA, Carmem. Os princípios do Sistema Único de Saúde. 2011. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3023433/mod\\_resource/content/4/OS\\_PRINCIPIOS](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3023433/mod_resource/content/4/OS_PRINCIPIOS)

[\\_DO\\_SUS.pdf](#), acessado em 23 jul 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V. 5. O orçamento na Constituição. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power : The Judicialization of Politics*. New York : New York University



VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em 06 dez 2016.

\_\_\_\_\_ ; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2.

PINTO, Victor Carvalho. Princípio da vedação ao retrocesso social: o caso da vinculação de recursos para a saúde. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2017/12/13/principio-da-vedacao-de-retrocesso-social-o-caso-da-vinculacao-de-recursos-para-a-saude/>>. Acesso em 21 out 2018.

YAMIM, Alicia; GLOPPEN, Siri. *Litigating health rights: can courts bring more justice to health?* Cambridge: Harvard University Press, 2011.

WANG, Daniel; VASCONCELOS, Natália Pires. OLIVEIRA, Vanessa Elias; TERRAZAS, Fernanda. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*, set/out 2014.