

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

AMANDA CAROLINA DA SILVA VINCI

**DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE REFERENTE À SOBREPOSIÇÃO DO
FACULTAS AGENDI E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS DA
COLETIVIDADE**

SÃO PAULO
2020/1

SUMÁRIO

BREVE INTRÓITO	2
DOS DIREITOS SUBJETIVOS	2
GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS.....	3
DOS DIREITOS DA COLETIVIDADE	4
HARMONIZAR E COORDENAR AS ESFERAS DO PÚBLICO E DO PRIVADO NO EXERCÍCIO DE UM MESMO DIREITO FUNDAMENTAL	4
CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ALOCAR RECURSOS: O DESAFIO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE ECONÔMICA	5
O CRIVO SOCIAL: JUÍZO DE VALOR E A RACIONALIDADE ECONÔMICA	7
DIAGNÓSTICOS DE UMA RESSONÂNCIA SOCIAL	9
AS SINAPSES DAS CORTES: A PROPAGAÇÃO DE UM SINAL PARA TODA A SOCIEDADE	10
UM POSSÍVEL DIAGNÓSTICO	13
BIBLIOGRAFIA	21

DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE REFERENTE À SOBREPOSIÇÃO DO FACULTAS AGENDI E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS AOS DIREITOS DA COLETIVIDADE

BREVE INTRÓITO

Este projeto tem como proposta uma reflexão acerca do tema *Direito à saúde: é possível que direitos individuais se sobreponham aos direitos coletivos?* Considerando que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem comum (art. 3º, inciso IV, C.F./88), de um lado está a nossa Lei Maior para definir o alcance dos direitos individuais capazes de ceder, unicamente, ante interesses públicos, estabelecidos mediante regulamentação, emprestando àqueles um caráter absoluto. De outro, a possibilidade de colocar uma garantia, um interesse individual subjetivo, juridicamente protegido, à frente do coletivo. E, por fim, a possibilidade de acomodar interesses de igual relevância em um mesmo plano. É a partir deste entrave que será desenvolvida a presente análise.

1. DOS DIREITOS SUBJETIVOS

A segunda fase do constitucionalismo liberal foi marcada pela consolidação das constituições do século XIX, como a Constituição Belga de 1832 e Constituição Francesa de 1848. No entanto, o abstencionismo exacerbado do Estado Liberal, conjugado ao individualismo, culminou, à época, em crises sociais e econômicas.

Diante da Revolução Francesa e da Primavera dos Povos, a população, sobretudo o proletariado emergente, sentiu a necessidade de remodelar a configuração do Estado, substituindo o até então Estado Liberal pelo Estado Social de Direito. Este buscava conjugar o sistema capitalista à melhoria das condições sociais.

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. (GORDILLO *apud* SUNDFELD, 2010, p. 74).

O constitucionalismo social é caracterizado pela defesa dos direitos de segunda dimensão, ensejando a obtenção de uma igualdade material, não tão somente formal conforme a configuração liberal precedente. Foram exigidas, então, políticas públicas prestacionais por meio da atuação estatal positiva, sobretudo a instituição de direitos subjetivos públicos – faculdade do indivíduo em pleitear o exercício de um direito que deve ser provido pelo Estado.

Tomando como base o contexto histórico supramencionado, o direito subjetivo, ou *facultas agendi*, nada mais é do que a faculdade individual de invocar a proteção e agir de acordo com o direito objetivo – conjunto de normas impostas pelo Estado, de caráter coercitivo e geral. Caracteriza-se como o interesse juridicamente protegido, expressão da vontade individual.

O direito subjetivo constitui um poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica. O Estado somente intervém quando estritamente necessário. Nesse caso, o titular do direito é o único juiz da conveniência de sua utilização. (GONÇALVES, 2018, p. 25).

1.1. GARANTIA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

O Estado de Direito é aquele que se subordina às leis – *rule of law* – assegurado pela legalidade ampla, destinada aos indivíduos, e restrita, voltada para as atividades estatais, isto é, as competências daqueles que estão investidos de poder encontram previsão legal, determinando seus limites e esferas de atuação. Ademais, o Estado de Direito sustenta-se sobre quatro pilares fundamentais, são eles: a supremacia da Constituição, a separação dos Poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais.

Produto do Poder Constituinte Originário, a Constituição prevê os direitos que cada indivíduo titulariza, oponíveis ao próprio poder estatal quando preciso for. O que quer dizer que nossa Lei Maior reconhece certos direitos individuais de liberdade e igualdade que dizem respeito única e inteiramente aos seus destinatários. Tal determinação já vinha sendo ensejada pelas ideias imbuídas nas Constituições americana e francesa, depois replicadas em muitas outras.

Nossa Constituição atual é classificada como dogmática, dirigente, compromissária e garantia, o que quer dizer que busca direitos de segunda dimensão, enquanto a igualdade

material assume um compromisso com o futuro, elencando direitos do cidadão frente àqueles que exercem o poder – “ (...) da garantia, contida na Constituição, de direitos em favor dos indivíduos surgirá a noção de direito subjetivo público, isto é, de um direito que o indivíduo titulariza contra o próprio Estado.” (SUNDFELD, 2010, p. 48). As garantias aí estão para limitar o poder político, incorporando direitos subjetivos do homem em normas básicas.

2. DOS DIREITOS DA COLETIVIDADE

Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, a existência do Estado é justificada pela necessidade de atender a certos interesses coletivos. O Estado, por sua vez, não é o fim, é o meio. Compete à sua pessoa jurídica de direito público o exercício de atividades instrumentais e fins, impreterivelmente previstas em lei. O Estado tem poderes que são indispensáveis para que funções mínimas sejam desenvolvidas, podendo, ainda, se subdividir em dois grupos – atividades instrumentais e atividades-fim. As primeiras compõem o aparelhamento estatal para a execução de suas tarefas, enquanto que as segundas se subdividem ainda em três mais: as de relacionamento internacional, as de controle social e a de gestão administrativa.

Neste ponto do desenvolvimento é de grande valia nos voltarmos às duas últimas supramencionadas. As atividades de controle social regulam a vida em sociedade, ordenam o comportamento dos indivíduos para que não prejudiquem os interesses da coletividade e ajam de modo a propiciar a realização do bem comum. Este pode ser obtido por meio de prestações de serviços públicos, sociais, emissão de moeda, prestação cambial e demais atividades de fomento – culturais, obras públicas, estatísticas. A função primordial do Estado é, sem dúvida, se utilizar de sua autoridade pública para harmonizar as relações individuais, promover a convivência harmônica e cooperada, para atingir determinada finalidade prevista no art. 3º, inciso IV de nossa Lei Maior, articulando-o ao interesse público.

3. HARMONIZAR E COORDENAR AS ESFERAS DO PÚBLICO E DO PRIVADO NO EXERCÍCIO DE UM MESMO DIREITO FUNDAMENTAL

Para que os direitos fundamentais consagrados pela Constituição não se configurem como meras promessas do constituinte, a busca pela efetivação desses preceitos de ordem constitucional perpassa o custeio de insumos pelo Estado. Através de suas ingerências nas liberdades clássicas do indivíduo, o ente estatal assume a função de garantidor das condições mínimas, fornecendo a cada um os meios necessários para se autodeterminar.

Nesse diapasão, extrai-se a ideia de que as gerações de direitos não devem ser compreendidas como estanques, mas percebidas como grandes esferas capazes de influenciar umas nas outras. Aos indivíduos é assegurada a legalidade ampla, ao passo que ao Estado lhe é conferida a legalidade restrita, para que seja possível atuar em tudo aquilo em que for solicitado, permeando a esfera individual e concretizando direitos.

A positividade de todos os direitos fundamentais, integrando todos, por via de consequência, ao rol de direitos dados às escolhas públicas, como o consectário lógico de que, ao se considerar a escassez de recursos, não apenas direitos sociais podem ser sacrificados em face de direitos individuais, mas também vice-versa, direitos individuais podem ser sacrificados em face de direitos sociais. (GALDINO *apud* GLOBEKNER, 2011, p.73).

De toda sorte, é preciso que tenhamos uma compreensão do todo. A sociedade tem nas normas jurídicas a expectativa de que tenham uma compreensão integrada e com vistas a proporcionar a harmonia na aplicação dos recursos públicos. Melhorias, inclusive nas prestações materiais, precisam atender de forma universal. Destinar um arcabouço jurídico de normas para a efetivação de direitos implica, diretamente, em dispêndio de verbas.

Quando uma norma jurídica se choca contra usos, costumes e convenções – ou mesmo contra interesses de grupos –, ela freqüentemente tem sua eficácia comprometida, pois a *ação racional com vistas a fins* (origem dos usos condicionados por interesses) que embasa a atuação dos agentes econômicos está motivada por interesses materiais. (MELLO, 2006, p. 60).

3.1. CONCORDÂNCIA PRÁTICA AO ALOCAR RECURSOS: O DESAFIO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE ECONÔMICA

Transportar os dizeres de nossa Carta Cidadã para o plano fático nem sempre é tarefa fácil. Em uma sociedade de consumo, a escassez é fator determinante para a concessão de direitos, o que mantém o Estado cada vez mais aquém das expectativas sociais, sobretudo quando questionado sobre a efetivação de direitos e a morosidade do judiciário.

O Poder Público leva em consideração que não tão somente ao Estado são imputados gastos. A ação ou a abstenção incorrerá em custos. O que for imposto ao ente público repercutirá, como via reflexa, em toda a sociedade.

Evidencia-se, portanto, a existência de uma colaboração social, sendo as próprias pessoas responsáveis pelos direitos e garantias fundamentais, em grau crescente de

colaboração: indivíduo, família e sociedade. Reconhecemos um dever comum. Custos, muitas vezes, são inerentes aos direitos, funcionando, também, como requisitos – seja de um direito originário, seja de um direito adquirido – para auferir certa ordem social.

Tendo o Judiciário tomado à frente de inúmeras decisões que abarcam amplas discussões, o direito à saúde não seria relegado a segundo plano, tendo em vista sua natureza formal e materialmente constitucional. As tutelas de urgência têm sido analisadas sob os seguintes aspectos: encarando o direito à saúde como algo incontestável e absoluto; concebendo-o como algo passível de sofrer limitações, à medida que seria invocado por meio do desenvolvimento de políticas públicas; o direito à saúde como sendo ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos. Ademais, fora apontado que ao Judiciário não seria válido furtar-se da apreciação de tais questões sob a alegação de afrontamento à microjustiça (AMARAL *apud* GLOBEKNER, 2011, p. 69).

Mesmo que um direito seja, a uma primeira vista, capaz de se sobrepor a todos os demais, sob qualquer justificativa, desde que devidamente motivada, sempre se deve analisar o entrave como um todo. *Hardcases* exigem do operador do direito o desentranhamento do real sentido da norma, inclusive a percepção apurada capaz de compreender que, muito embora possamos estar diante de um direito absoluto, seu exercício pode vir a sofrer limitações.

Há conflitos a serem equacionados entre interesse individual, em determinada prestação positiva e interesse coletivo (FINCO e LIMA, 2019). O número de ações judiciais pleiteando a concessão de medicamentos tem aumentado todos os dias.

Em 2013, por exemplo, foram distribuídas 23.474.341 novas demandas judiciais no Brasil, das quais 17.271.369 na justiça comum e 6.202.972 em juizados especiais, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – Justiça em Números (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, Justiça em números 2014). (FINCO e LIMA, 2019).

Quando há uma afirmativa do Judiciário referente a uma pretensão, muito foi observado para se chegar ao deferimento. A decisão alocativa surte efeitos generalizados e compõe precedente para sentenças futuras, a fim de universalizar o direito à saúde, conjugando critérios equânimes e democráticos, aptos a apontar para uma decisão que represente a progressividade, e não o retrocesso.

A título de exemplo, podemos ilustrar a presente controvérsia por meio das estratégias utilizadas pelos juízes em grau recursal, presentes no capítulo um, do livro “Pensando como um advogado: uma introdução ao raciocínio jurídico” de Kenneth J. Vandavelde. Os tribunais de apelação costumam encarar sua atividade como a definição de regras que vão decidir outras situações fáticas no futuro, por meio da redação de votos que servirão de precedente em casos subsequentes.

Os juízes se preocupam tanto com os efeitos futuros da sua decisão de hoje, quanto em alcançar o melhor resultado para o caso em exame. Embora pareça injusto que a existência de uma regra ou precedente determine um resultado hábil a criar um direito que, às vezes, o próprio juiz considera equivocado é o que, no entendimento tradicional, o direito espera dos seus tomadores de decisão.

3.2. O CRIVO SOCIAL: JUÍZO DE VALOR E A RACIONALIDADE ECONÔMICA

Onde não há escassez não há necessidade de justiça, pois a justiça entra em cena precisamente para determinar a propriedade onde dela não há o suficiente para todos (HUME *apud* GLOBEKNER)¹. Preleciona Globekner: o elemento que encabeçará uma escolha é algo muito subjetivo de uma sociedade para a outra. São levados em consideração tudo aquilo que determinado complexo de pessoas classifica como núcleo rígido, algo intangível, e aquilo que seria passível de ser suprimido para atender demais demandas sociais. É desta premissa que partem os critérios alocativos.

A sociedade é capaz de nos oferecer respostas quando nos colocamos na posição de observadores do que esperam de um sistema jurídico pensado para operar em favor de todos e cada um. Ao trazer à baila a teoria de Niklas Luhmann² sobre o sistema binário de cognição, temos a percepção de como o Direito opera através das querências sociais. Assim como a sociedade se prepara para conhecer a lei quando esta passa a entrar em vigor, o Direito também se amolda àquilo que passa a ser vigente na ordem social.

Ao abrir-se para receber os sinais que a sociedade emite, o Direito apresenta o que o ordenamento jurídico tem a oferecer como resposta ao estímulo social originário de uma

¹ HUME, David. Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004. p. 245.

² LUHMANN *apud* LIMA. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. In: Revista Direito GV, São Paulo, v. 12, n. 13, 2016, p. 700.

mutação instaurada através de um novo conflito a ser dirimido. São feitos, portanto, juízos de valor para determinar como a justiça distributiva atuará no caso *sub judice*.

O inciso XXXV da Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A partir disso, depreende-se a ideia de que a lei não poderá criar obstáculos para que a parte interessada receba a devida tutela de seus direitos, em caráter preventivo ou reparatório. Para tanto, é preciso reconhecer os requisitos da urgência – *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, seja a partir de uma ação ou de uma omissão do Poder Público.

Conceitos de igualdade diferem de sociedade para sociedade. O resultado das escolhas trágicas depende principalmente de seu relacionamento com uma particular noção cultural de quando é direito conceder a alguém um bem e negar a outros. (GLOBEKNER, 2011, p. 82).

Com efeito, o autor enxerga a igualdade como sendo um balizador subjetivo, oriundos de diversos processos de modificação e adaptação de uma sociedade a valores sociais moralmente aceitos, não podendo funcionar como voto de minerva para a concessão de um direito que tende mais para um lado do que para o outro. À luz da teoria de Alexy, “*uma ponderação apenas pode ser consistente se tiver em conta o que a Administração disponibiliza universalmente*”.

A partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão, a reserva do possível passou a significar que os direitos sociais prestacionais materiais estariam vinculados à efetiva disponibilidade dos recursos do Estado, estando sujeitos à discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares.³

O que se espera, em verdade, é que a partir da tomada de decisão que envolva verba pública precisa estar vinculada ao sistema jurídico para auferir um teor legítimo por meio da legalidade. Muito embora escolhas impliquem em renúncias, uma escolha não deve confrontar disposições legais.

A *decisão* é, assim, o elemento fundamental que a lei busca influenciar. O sistema jurídico não pode substituí-la, nem ordená-la ou torná-la obrigatória. Este ponto é fundamental para a análise de alguns sistemas jurídicos que institucionalizam ações do Estado na esfera econômica. (MELLO, 2006, p. 62).

³ SARLET *apud* GOUVÊA, 2015, p. 103.

3.3. DIAGNÓSTICOS DE UMA RESSONÂNCIA SOCIAL

O setor público pouco tem conjurado as crises as quais estaria sujeito, em razão disso, seu sistema não tem conseguido dar vazão a quantidade de demandas diárias. Osmir Antonio Globekner, em sua obra “A Saúde Entre o Público e o Privado”, efetuou um estudo comparativo entre a ação estatal no Brasil e nos Estados Unidos. Neste, as ingerências do Poder Público continuaram a incidir sobre determinados grupos específicos, incapacitados ao acesso à atenção sanitária através do mercado.

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 faz menção à participação do Poder Público, inclusive da sociedade ao assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Tem-se a percepção de que, em se tratando da esfera sanitária, é possível delegar a entidades privadas a incumbência de promover o direito à saúde. Desta feita, o ente público assumiria uma função supletiva, mas sempre apta a fiscalizar e a assumir à frente em busca da efetivação do referido direito.

Os efeitos têm se mostrado tendentes a uma atuação estatal pouco supletiva, visando à universalização de uma atenção primária (básica) em saúde, tendo ainda o ordenamento jurídico pátrio adotado o princípio da seletividade, primordialmente nos assuntos relacionados à saúde (GLOBEKNER, 2011, p. 158). Via de regra, cobra-se do ente público.

Sendo o direito à saúde um direito coletivo, *vide* os artigos 6º e 196 da Constituição Federal, que intrinsecamente carrega uma essência subjetiva refratária de um interesse jurídico individual por configurar-se também como um direito fundamental de todos e cada um, percebê-lo como objeto de ações judiciais, por vezes, acarreta em díspares sociais.

Em aspectos processuais, pesquisas apontam que a concessão da liminar ou tutela antecipada de urgência tem sido deferidas em praticamente metade das decisões judiciais:

Dados⁴ apontam que as regiões com maior desenvolvimento econômico do país, Sul e Sudeste, concentram 85% dos processos judiciais, apesar de sua população representar 56,8% do total. Já as regiões menos prósperas, Nordeste e Norte, apesar de contarem com 36% da população brasileira, concentram apenas 7,5% das ações judiciais. (MOREIRA, 2013).

Em se tratando do sistema de distribuição, a pressão se faz presente de todos os lados para atender as querências da população observados os preceitos constitucionais, a racionalidade econômica para efetuar a distribuição e a regulamentação da ANVISA. A

⁴ MOTTA FERRAZ *apud* MOREIRA, 2013.

referida análise implica em uma maior atenção quanto ao uso dos medicamentos. É preciso fazer escolhas racionais quanto às intervenções farmacológicas.

3.4. AS SINAPSES DAS CORTES: A PROPAGAÇÃO DE UM SINAL PARA TODA A SOCIEDADE

O art. 5º da Constituição Federal, em seu parágrafo primeiro, preleciona que, para todos daqueles setenta e oito incisos, a aplicabilidade dessas normas têm de ser imediata. Mesmo que, de alguma forma, o referido artigo faça menção a direitos individuais, é possível extrair um caráter coletivo, capaz de irradiar para toda a Lei Maior.

Todos os direitos fundamentais têm uma dimensão transindividual (coletiva e difusa) e em momento algum lhes retira a condição de serem também direitos de cada pessoa, ainda mais quanto a própria dignidade. (GOUVÊA, 2015, p. 109).

“A Carta constitucional brasileira não define até que ponto a saúde há de ser tutelada negativa ou positivamente” (GOUVÊA, 2015, p. 111). Alguns direitos são caracterizados por seu valor preponderante. Por exemplo, o direito à liberdade: ao mesmo tempo pode ser um direito negativo e um positivo (prestacionais).

A nomenclatura geração transmite a ideia de substituição e superioridade, sugere que devemos pensar os direitos de forma fragmentada, estanque. Em verdade, não existe um direito de caráter unitário, mas híbridos e alguns se sobressaem aos outros. Para Gouvêa, o direito à saúde não pode ser compreendido, unicamente, como um direito de caráter preventivo, mas também promocional e curativo.

A judicialização de um direito ocorre quando confluem três fatores: o reconhecimento constitucional ou jurisprudencial de um direito fundamental; os mecanismos para exigir judicialmente este direito; uma cidadania que ascende às instâncias judiciais (BOLÍVAR et al. *apud* GOUVÊA, 2015, p. 161).

A iniciativa em movimentar a máquina judiciária para a concessão dos medicamentos reside na ausência de políticas públicas sanitárias e em negativas do Sistema Único de Saúde, frequentemente justificada na existência de meios alternativos comprovados; a indisponibilidade de tratamento específico; medicamentos não constantes das diretrizes terapêuticas (PIVETTA, 2014, p. 232 e 246). A incorporação de medicamentos baseia-se em critérios justificados de inclusão e exclusão nos programas assistenciais do SUS.

A Lei 12.401/11 alterou alguns aspectos da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) que preconiza exigências tal qual a conformidade aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e ainda disciplina a oferta de procedimentos terapêuticos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar constantes de tabelas elaboradas pelo gestor do SUS (PIVETTA, 2014, p. 149).

A negativa do SUS ante os pedidos pode vir a ocorrer em detrimento do não cadastramento do fármaco ou da não observância de alguns critérios valorativos pré-estabelecidos, avaliando a condição individual de cada requerente, por sua vez, estabeleceu critérios de avaliação da condição individual de cada requerente, *verbis*:

A Política de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde (SUS) define as diretrizes de gestão para assegurar o fornecimento e o uso racional de medicamentos. Atualmente, encontra-se organizada em três componentes: básico – medicamentos para o tratamento de doenças mais prevalentes; estratégico – medicamentos para o tratamento de endemias e Aids; e especializado – medicamentos cuja utilização depende da observação de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. (BRASIL, 2011).

A fim de oxigenar o sistema público sanitário, o investimento em tecnologias que impliquem em um dispêndio racional dos recursos estatais, desde que comprovada a sua eficácia nos padrões do que determinam os PCDT, configuram-se como tratamentos alternativos para tratar, caracterizando a necessidade relativa dos fármacos pleiteados nas ações e nas prescrições médicas.

Os PCDT consubstanciam importante mecanismo de planejamento logístico e financeiro das ações estatais, pois a partir deles são estruturadas as ações e serviços de saúde a serem ofertados à população com financiamento do Poder Público. Em suma, os serviços e bens de saúde entregues pelo Estado devem estar em consonância com as previsões dos referidos Protocolos e Diretrizes. (PIVETTA, 2014, p. 149).

Antes de mais nada, é preciso perquirir os motivos do não cadastramento do fármaco nas políticas públicas, já que estas são as detentoras do caráter político-social das medidas adotadas concernentes ao direito à saúde (MOREIRA, 2013, p. 21). É na fiscalização das políticas prestacionais que incide a atuação do Judiciário.

Muito embora a concessão seja a regra, é preciso perquirir uma incursão probatória muito mais aprofundada, como por exemplo através da prova técnica pelo Estado ou pelos peritos judiciais.

Ao conscientizar os médicos sobre o cumprimento dos preceitos legais da prescrição médica, muitos efeitos colaterais ou até mesmo a ausência do efeito desejado, poderiam ser evitados. Por vezes, seria mais aconselhável a opinião de mais de um médico, haja vista a quantidade de prescrições sem assinatura ou, até mesmo, ininteligíveis.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 31/2010, a salientar a necessidade de instrução adequada das demandas, procedendo-se à oitiva de médicos, gestores públicos, avaliando-se a possibilidade de substituição dos fármacos, entre outras medidas. (MOREIRA, 2013, p. 9).

O Supremo Tribunal Federal realizou uma Audiência Pública sobre Saúde, entre 27 de abril de 2009 e 07 de maio de 2009. Na referida audiência, foram ouvidos diversos atores sociais, estabelecendo critérios ou balizadores nas ações envolvendo a saúde pública. Nossa Excelsa Corte se utilizou dos relatos para buscar a uniformização nos casos de fornecimento de fármacos, observados os registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que, de certa forma, já configuraria, precipuamente, o caráter excepcional, atribuído caso a caso, para a concessão da tutela, vinculada diretamente à Lei 9.782/99 (GOUVÊA, 2015, p. 113), para o deferimento de liminares de urgência calcadas no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*:

Determinar que a rede pública deveria financiar toda e qualquer ação geraria grave lesão à ordem econômica e comprometeria o SUS, atingindo consequentemente a todos. Nesse sentido, deverá ser privilegiado o tratamento ofertado pelo SUS em detrimento da opção escolhida pelo paciente, cabendo exceção se comprovada a ineficácia ou impropriedade da política de saúde existente. (GOUVÊA, 2015, p. 113).

O caminho até a tomada de decisão que precede a intervenção farmacológica pode ser explicada a partir do significado que têm os medicamentos para a população, muito além do que representam *stricto sensu*, mas sua capacidade em atingir o foro íntimo e psicológico dos que recorrem aos frascos para sanar os males que afligem o corpo.

Paira sobre a sociedade um *hipermaterialismo* médico, onde se combina a tendência ao hiperconsumo, como a procura incessante que envolve a busca de soluções medicamentosas para um leque cada vez mais amplo de problemas da vida cotidiana (LIPOVETSKY *apud* GOUVÊA, 2015, p. 115).

Os laboratórios têm exercido uma influência de tal ordem na esfera de decisão dos indivíduos que muito tem sido discutido e ganhado repercussão quanto à capacidade que essa indústria tem em dissuadir e ainda lucrar para tanto, mantendo as pessoas adstritas ao uso irracional de medicamentos.

Com efeito, os fármacos assumiram a configuração de *prima ratio* quando nos referimos à cura, desencadeando um descompasso entre a expansão das indústrias farmacêuticas e as necessidades sanitárias reais de determinada localidade. Para Gouvêa, há de se superar a acepção do conceito de saúde para além das fronteiras do completo bem-estar físico, mental e social, integrando a esta concepção abordagens de integração, bem como o controle social.

3.5. UM POSSÍVEL DIAGNÓSTICO

O ponto fulcral é determinar se o direito à saúde está submetido, de fato, a uma prestação positiva do Estado. Se a resposta for afirmativa, seria possível afirmar que é possível sobrepor o *facultas agendi*, em sua integralidade, aos interesses coletivos (chamemos de H1 – hipótese 1). Levando em consideração que, em se tratando de um direito totalmente prestacional, o Estado estaria agindo dentro de suas atribuições, legitimado a deferir liminares pelas mãos dos magistrados a fim de suprir uma omissão em promover a equidade.

Nesse contexto, o artigo 196 da Constituição Federal funcionaria como uma válvula de escape para a concretização de direitos subjetivos individuais que independem de políticas públicas, máxime lembrar que é sobre o controle das políticas públicas que incide a atuação do Judiciário.

Partiríamos da premissa de que o Estado foi omissos e, diante dessa omissão, a judicialização seria o único caminho para a concessão dos fármacos. Destarte, atribuir-se-ia ao direito à saúde derivação imediata e quase absoluta (MOREIRA, 2013, p. 13), que prescinde de outros fatores e demais requisitos a serem observados.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado favorável às concessões em quase cem por cento dos casos, reconhecendo o direito à saúde como algo indisponível, deixando de observar a argumentação trazida pelo órgão estatal (União). Por vezes, a União invoca a divisão de competência constitucional – arts. 2º e 198 da Constituição Federal – para demonstrar a impossibilidade de ingerências em determinados segmentos (LIMA, 2020, p. 46).

Por outro lado, em caso de uma negativa, não seria possível postular pela sobreposição integral, elevando o interesse público a um patamar intangível (chamemos de H2 – hipótese 2). Delegar ao Estado a incumbência de prover os fármacos seria onerá-lo ainda

mais com custos particulares. A única forma de agir dentro dos preceitos constitucionais, sob em uma ótica garantista, seria fazer prevalecerem interesses coletivos e difusos sobre o *facultas agendi* do particular.

Nesta senda, em que se pese a preservação do interesse privado, buscar solucioná-lo através das vias judiciais, *inter partes*, seria o mesmo que admitir um Estado parcial, insuficientemente igualitário, submetido a critérios de avaliação subjetivos: “(...) a igualdade liberal deveria buscar como critério de igualdade a atribuição de recursos iguais para cada um” (DWORKIN *apud* GLOBEKNER, 2011, p. 114).

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas podem ilustrar a ideia a partir do momento em que estabelecem requisitos para permitir que todos usufruam dos tratamentos oferecidos pelo SUS. À guisa de exemplo, o Recurso Extraordinário nº 581.488/RS⁵ manteve a proibição do juízo *a quo* referente à escolha de médicos e melhores acomodações sob a justificativa de que dentro de um sistema integrado e universal como o SUS não há espaço para “diferença de classes” (LIMA, 2020, p. 47).

Democratizar o acesso à saúde é permitir que não só àqueles que têm acesso à informação, instrução e condições financeiras tenham acesso aos fármacos, mas todos, de forma global, para que através da efetivação de políticas públicas possam se enxergar sujeitos de direitos também no plano fático.

É sabido que nem todos os brasileiros conseguem arcar com custas processuais e honorários advocatícios para ter acesso às vias judiciais e garantir a concessão por meio de liminares, os demais mantem-se esperançosos na fila do sistema único. Ademais, não é uma parcela majoritária da população que tem acesso à informação no Brasil, sobretudo àquelas concernentes ao Sistema Único de Saúde. Preconiza a Agência Nacional de Saúde, *verbis*:

Como parte da sua política de transparência e em consonância com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS tem como um de seus desafios desenvolver e aperfeiçoar tecnologias de geração e divulgação de informações a fim de disponibilizá-las ao seu público-alvo. Entre estas está o ANS TabNet, que faz uso da ferramenta TabNet, desenvolvida pelo DATASUS - MS, com objetivo de possibilitar a

⁵ LIMA, F. R. de S. *Decisões do STF em Direito à Saúde: aspectos econômicos e políticos*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 47.

tabulação dos dados dos diversos sistemas de informação da ANS. (ANS TABNET *online*).

Malgrado a ANS disponibilize informações em saúde suplementar, inclusive virtualmente, ressalvas devem ser feitas aos que não têm acesso à tecnologia também. Como via reflexa, essas pessoas desconhecem a possibilidade de recorrer ao judiciário e exercer, de uma só vez, seu direito, primariamente, ao acesso à justiça (art. 5º; XXXV; CF), à seguridade social (art. 194; *caput*; CF) e à saúde (art. 196; CF).

Desaguando em um ativismo judicial, a foz da judicialização dos fármacos está, precipuamente, na transferência de incumbências, deixando a cargo do Judiciário decisões de cunho executivo e legislativo, provocando, inclusive, um conflito institucional.

Passemos a falar agora das ponderações (chamemos de H3 – hipótese 3). Dentro dessa suposição existe um indício de não haver a possibilidade da sobreposição integral de um direito subjetivo de alguém em detrimento do direito de configuração coletiva, uma vez que são utilizadas técnicas de hermenêutica constitucional que exigem que o direito seja tutelado de forma a não suprimir o direito de outrem em sua integralidade (MORAES, 2011, p. 5). Ao mesmo tempo em que não é possível negar ao indivíduo o livre acesso ao Judiciário e ao que é seu de direito.

Se é preciso ponderar – proporcional e razoavelmente – o *facultas agendi* não se mostra absoluto. O que, de certa forma, sugere que algo precisa, necessariamente, ser deixado para trás, mas jamais sacrificado totalmente, excluindo a possibilidade de sobreposição integral tanto do *facultas agendi*, como dos direitos da coletividade, conforme preconiza o método da concordância prática (ou harmonização).

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, observam a certa relatividade, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados – princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas (MORAES, 2011, p. 27).

A teoria externa, utilizada para coordenar o exercício dos direitos através da busca por limites para estes, tem como ponto inicial a exposição dos direitos/garantias, compreensão extensiva, demonstrando que esses direitos são mandamentos de otimização.

Ao fazer menção à possibilidade de serem sopesados os bens jurídicos a serem tutelados, percebe-se que o Judiciário pode exercer certo controle dentro da esfera individual

e subjetiva de um causídico que, para tanto, precisa encontrar algum respaldo em políticas sociais e econômicas para garantir o direito à saúde. Procedendo assim, restaria desconstruída a ideia de ativismo judicial a partir do momento em que o Poder Judiciário não estará se utilizando de nenhum poder criativo, seja para legislar, tampouco executar, mas exercer o controle sobre os atos dos demais poderes, seus pares.

Segundo Streck⁶, Constituições programáticas, tal qual a nossa, demandaram uma reformulação na teoria dos princípios, representada pelo chamado critério fraco de diferenciação, que considera princípio e regra com a mesma estrutura lógica hipotético-condicional e com diferentes densidades, introduzindo os princípios como os referidos mandamentos de otimização, com aplicação direta mediante uma racionalidade imanente.

Princípios contém uma maior carga valorativa, fundamento ético, uma decisão política relevante e indicam uma direção a seguir (GOUVÊA, 2015, p. 166). O método utilizado para harmonizar direitos em colisão consiste, além da exposição dos princípios, na exposição de preceitos legais capazes de orientar a decisão, delineando traços de legalidade ao exercício do direito que se busca limitar em detrimento de outro. Feito isso, busca-se a limitação dentro daquilo que o próprio ordenamento oferece (reserva da lei) – começando pela Constituição Federal e depois em leis ordinárias. E se não houver limites? Pondera-se.

Todo direito fundamental tem um núcleo essencial (parte central) que precisa ser protegido no exercício de um direito. O núcleo essencial é diferente do mínimo existencial, o que quer dizer que o primeiro pode ser suprimido nas ponderações, mesmo que, em regra, isso não devesse acontecer, enquanto que o segundo sempre deve ser resguardado – é armadura e substrato do direito e da garantia fundamental.

A busca pelos limites acontece quando o ordenamento não os revela de antemão. É feita a partir dos critérios próprios da proporcionalidade. Primeiramente, avalia-se a adequação do meio pleiteado para a obtenção da cura ao fim pretendido. Posteriormente, verifica-se a necessidade, isto é, se existem outros meios eficazes para a obtenção daquele fim através de algum tratamento alternativo. Por fim, chega-se à proporcionalidade em sentido estrito: a escolha.

A ponderação, no fundo, vem servindo para legitimar decisões pragmaticistas para resolver efetivamente e qualitativamente os problemas que a concretude apresenta ao direito, principalmente nas decisões referentes

⁶ STRECK *apud* GOUVÊA, 2015, p. 162.

ao direito fundamental à saúde, por vezes, deferindo e indeferindo remédios para doentes em estado grave. (STRECK *apud* GOUVÊA, 2015, p. 172).

O limite nunca pode ser tão frágil a ponto de ser insuficiente, e nunca tão rígido a ponto de suprimir o exercício de um direito, em respeito à vedação ao retrocesso. A conclusão a que se chega precisa representar uma progressividade. A ponderação é o reflexo da lógica dialética adotada por nossa Carta Cidadã.

Todo direito pode, em princípio, ser objeto de restrição legítima, desde que seja necessária como medida de tutela de outro bem ou valor igualmente protegido pelo ordenamento constitucional (...) o magistrado que enfrentar a ação poderá utilizar a técnica da proporcionalidade. (PIVETTA, 2014, p. 211).

Outrossim, a fim de corroborar os argumentos supramencionados no tocante à impossibilidade de sobreposição, nesse sentido é possível acrescentar o fato de que nem tudo que é objeto de reclamação na esfera judicial pode ser taxado como ativismo. Dentro de suas atribuições, ao Poder Judiciário lhe é permitido o controle das políticas públicas.

Concretamente, podemos citar o Tribunal de Justiça da União Europeia, que estabeleceu o princípio da supremacia comunitária, bem como seu efeito direto como critério de solução de conflito entre direito interno e comunitário, com o objetivo de acrescer o acesso a diferentes mecanismos de proteção dos direitos subjetivos no âmbito de seu próprio sistema judiciário nacional. (TORRENS *apud* GOUVÊA, 2015, p. 159).

O deferimento de liminares aos particulares estaria além da consecução de finalidades constitucionais ou infraconstitucionais, não configurando, necessariamente, um controle judicial na esfera jurídica subjetiva do cidadão.

As ponderações a serem feitas pelo Judiciário para que, de alguma forma, possam, por vezes, atuar dentro da esfera Administrativa, mesmo que supletivamente, ou ser um caminho para a efetivação de medidas pelo Legislativo, enfrentam algumas dificuldades, como no controle judicial.

Se em um dos polos está o direito social afetado (ou não realizado em toda sua plenitude), no outro estará não apenas o peso de vários outros bens ou direitos que eventualmente justificam a omissão (que causa eventual lesão ao direito), mas também as reservas gerais que incidem na hipótese (reserva do financeiramente possível e reserva do politicamente oportuno ou adequado). (PIVETTA, 2014, p. 221).

Muito embora existam balizadores capazes de harmonizar e coordenar o exercício dos direitos, prestações positivas custam. Ademais, trazem à tona questões formais de competência estatal.

José Afonso da Silva não concebe os direitos prestacionais como normas de eficácia plena. O autor parece enquadrar o direito à saúde em uma categoria diversa, cuja eficácia nem é plena e cuja programaticidade não compõe a sua essência, mas sim a dimensão subjetiva do direito. (DA SILVA *apud* MOREIRA, 2013, p. 12).

Pensar o direito à saúde como um direito de aplicabilidade incondicionada é enxergá-lo objetivamente, é excluir a necessidade de serem observados demais fatores subjetivos que permeiam a incursão probatória da real exigibilidade da intervenção farmacológica. Ademais, seria conceber as querências individuais como verdadeiras extensões das políticas públicas, adotando como medidas sociais todo e qualquer caso que esteja *sub judice*.

Não sendo necessário o esgotamento dos recursos para ter acesso ao Judiciário, é de suma importância que as partes permaneçam em constante exercício do dever de cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º NCPC), de modo que o interessado providencie a defesa da tutela de seu bem jurídico.

Em paralelo com o que temos no Brasil, tem-se observado nas Cortes da Colômbia uma possibilidade de real efetivação a partir de mecanismos de monitoramento – que mapeiam as impactos das decisões (GOUVÊA, 2015, p. 199) – e das ações de tutela (*acción de tutela*) funcionam como um instrumento processual para colocar em prática o teor das decisões em que são concedidas liminares.

As decisões da Corte Colombiana nesses casos são fracionadas, em que se pese o caráter dialético do *decisum*. À guisa de exemplo, vejamos:

Em primeiro lugar, afirmando que o direito à saúde é um direito fundamental (...) em segundo lugar, analisando as características deste direito fundamental e as regras pertinentes, para garantir a proteção de um campo específico, ou seja, o acesso aos serviços de saúde (...) em terceiro lugar, serão obtidas as implicações da fundamentalidade do direito à saúde a partir de falhas regulatórias identificadas pelo Tribunal e serão dadas as instruções adequadas para que as autoridades competentes tomem as medidas necessárias para superar o déficit de proteção. (GOUVÊA, 2015, p. 197).

O êxito da Corte Constitucional Colombiana reside em aproximar as pessoas das decisões, promover o caráter de ação popular, demonstrando o interesse estatal em efetivar direitos fundamentais, em identificar um padrão dentre as demandas e delinear uma linha de raciocínio matricial capaz de produzir derivações características de cada caso.

Leciona Lima pela existência de um acoplamento estrutural nas decisões de nossa Excelsa Corte (LIMA, 2020, p. 45). É uma forma operacional de motivar uma decisão ao

alocar uma argumentação política, sedimentada em argumentos ideológicos, mormente carregados de clamores sociais, ao lado de uma argumentação jurídica, voltada ao que consta de nossos dispositivos legais, demais precedentes e pensamentos doutrinários. É uma forma dialética de trabalhar o *decisum*.

Nesta esteira, ao se preocupar em atender ao que postula os litigantes, inclusive em segmentos políticos, é possível perceber uma forma mais do que legítima em acomodar interesses em conflito. Busca-se, portanto, um efeito integrador, que atenda a unidade política do país, consentâneo às técnicas da hermenêutica constitucional para ponderar.

Se o Poder Público, como um todo, se articular com a população para fiscalizar a efetivação das políticas públicas, será possível fazer da administração pública algo precisamente programado para evitar incidentes de ineficiência e sucedâneas reclamações por vias judiciais. Um primeiro passo seria, portanto, promover o diálogo entre provedor e destinatário. Destarte, é possível que a sociedade exerça também um controle sobre o cumprimento das decisões, reconhecendo e preservando o poder de vinculação dos precedentes.

É fundamental que a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos não seja mero simbolismo. É preciso pensar o direito como uma força viva – algo instrumental e transformador, e não um objeto de distração social. A concessão indiscriminada e pouco criteriosa leva à descrença de um sistema que funcione para todos.

Diante da omissão do Poder Público, é *mister* que não prevaleça a passividade judicial, mas é justamente a partir da fiscalização do cumprimento das obrigações estatais que atua o judiciário. A fim de corroborar o presente raciocínio, nas palavras do Ministro Alexandre de Moraes temos:

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais à máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas (...) somente interferindo excepcionalmente de forma ativista,

mediante a gravidade de casos concretos colocados em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais. (MORAES, 2011, p. 41).

A possibilidade de sopesar os bens jurídicos, sejam eles pertencentes ao interesse subjetivo do indivíduo, sejam provenientes das camadas sociais, só existe em razão da possibilidade de sobrepor parcialmente, jamais em sua totalidade. Isto é, partindo da premissa de que é preciso acomodar os interesses dos envolvidos, a sobreposição total não seria objeto de deliberação já que implicaria, *ipso facto*, no sacrifício de um direito.

O próprio exercício da ponderação e o exercício de autocontenção do magistrado em se tratando de direitos prestacionais judicializados são fortes indícios do caráter excepcional da medida, observadas as peculiaridades do caso concreto.

A teoria externa tem como fim limitar o exercício de um direito e não a supressão deste. Sobrepor inteiramente um direito em detrimento de outro iria contra o ideal de progressividade dos direitos, vedando retrocessos. Ao sopesar, portanto, mescla-se a hipótese de não haver a sobreposição integral e a de acomodar propriamente os bens jurídicos a serem tutelados.

Não há que se falar em uma posição controvertida, tampouco paradoxal. Aqui, tratamos de uma condição de existência e complementação. A ponderação, tão calcada em mandamentos de otimização e preceitos legais, é um exercício extremamente democrático e legítimo, que permite a atuação do Judiciário no controle de suas atribuições consentâneas ao que preceitua a Constituição, desconfigurando hipóteses de ativismo, atestando que sua atuação está coligada a uma posição garantista das políticas públicas. Aquela é decisiva para que as normas programáticas não se tornem meras promessas do poder constituinte originário. É um meio para a efetivação, não necessariamente um fim. Materializar o conteúdo da norma e desentranhar seu melhor sentido é aproximar a lei de seu maior interessado – o destinatário.

A Constituição Federal é a bíblia do Direito. É nela que depositamos nossas expectativas e buscamos encontrar o efetivo respaldo para a concretização de prestações positivas, quando assumem forma individual ou coletiva. É espada e armadura de todos aqueles que não acreditam, nem por um segundo, em qualquer manifestação de arbitrariedades. É nossa fonte renovável de fé na sociedade.

4. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R.; *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, G.; *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS TABNET – *Informações em Saúde Suplementar*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/anstabnet/>>. Acesso em: 12 set. 2019.

BOLÍVAR, M.; et al. *Diálogos construyendo futuro en derechos fundamentales. Una experiencia latinoamericana sobre procesos de cambio en derecho a la salud y políticas públicas*. In: Villa de Leva: Norad/SaluDerecho, 2014. Disponível em: <<http://sdbiblioteca.org/index.php/ju-download/2-documentos-escritos/241-dialogos-construyendo-futuro-en-derechos-fundamentales>>. Acesso em 03 de jan. de 2020.

BRASIL, Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias. Diretrizes Metodológicas - *Avaliação de desempenho de tecnologias em saúde - Desinvestimento e Reinvestimento*, 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/images/Consultas/2016/diretrizf_investimento_reinvestimento.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2016.

_____. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. *Movimento sanitário brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. 1. Ed. Brasília: Conasems, 2007.

_____. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 12.401, de 28 de Abril de 2011. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12401.htm>. Acesso em: 12 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde – Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 581.488/RS*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 3 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CALABRESI, G.; BOBBIT, P.; *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York, London: W. W. Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, C. F.; *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CANTANHEIDE, I. D.; LISBOA, E. S.; SOUZA, L. E. P. F.; *Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática*. In: *Physis Revista da Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, vol. 26, n. 4, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v26n4/1809-4481-physis-26-04-01335.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2019.

DWORKIN, R.; *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FINCO, M. & LIMA, F. R de S.; “*Há limite econômico para a intervenção do judiciário na saúde pública?*.” In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, São Paulo, vol.6, n.1, 2019. Disponível em: <<http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/230/177>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

GORDILLO, A.; *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Ed. RT, 1977.

GOUVEA, C. B.; *O direito fundamental à saúde: um olhar para além do reconhecimento: construindo a efetivação que opera em favor da democracia e do desenho institucional*. Brasília: Gomes & Oliveira Editora, 2015.

HASSE, D.; *Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional*. In: *Jus Brasil*, 2014. Disponível em: <<https://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>>. Acesso em: 12 set. 2019.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R.; *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: North & Co., 1999.

JANER TORRENS, J. D.; *La responsabilidad de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

JUNQUEIRA, M. A.; PINTO, F. C. S. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2018.

LIMA, F. R. de S. *Decisões do STF em Direito à Saúde: aspectos econômicos e políticos*. São Paulo: Almedina, 2020.

LIPOVETSKY, G.; *A felicidade paradoxal*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2007.

LOCKE, J.; *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Ed. Martins Claret, 2010.

LUHMANN, N.; *Teoria politica nello Stato del benessere*. Milão: Franco Angeli, 1983.

MELLO, M. T. L.; *Direito e Economia em Weber*. In: Revista Direito GV, São Paulo, vol. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35141/33910>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MORAES, A.; *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

MOREIRA, P. da S.; *O imponderável direito à saúde: uma discussão jurisprudencial a partir do marco teórico de Robert Alexy*. In: CONPEDI, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=84>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

MOTTA F., Octavio L.; *Edited by Alicia Ely Yamin and Siri Gloppen*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. Disponível em: <<https://iow.eui.eu/wp-content/uploads/sites/28/2018/05/Complementary-Reading-6-Yamin-and-Gloppen.pdf>> Acesso em: 16 jan. 2020.

NOVAIS, J. R.; *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

_____. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*: Coimbra Ed., 2010.

PIVETTA, S. L.; *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, I. W.; *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In: Revista Diálogo Jurídico, n. 10, jan. 2010.

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

STRECK, L. L.; *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SUNDFELD, C. A.; *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2010.

VANDEVELDE, K. J. *Pensando Como Um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.